

Cláusulas de irresponsabilidad

Entre asimetría, equilibrio y abusividad

José Manuel Gual Acosta

PRIVADO

5



José Manuel Gual Acosta

Doctor en Derecho Civil (becado por la Scuola Sant'Anna di Pisa, Italia) y doctorando invitado por las Universidades de París I y II. Profesor universitario en posgrados, maestrías y doctorado. Conferencista invitado por las Universidades de Pisa, Brescia y Ferrara (Italia), Cergy Pontoise (Francia) y Lima (Perú). Profesor de la Universidad Católica de Colombia. Ex magistrado auxiliar de la Corte Suprema Sala Civil y árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

José Manuel Gual Acosta

Cláusulas de irresponsabilidad

Entre asimetría, equilibrio y abusividad



PRIVADO 5



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Gual Acosta, José Manuel

Cláusulas de irresponsabilidad : entre asimetría, equilibrio y abusividad / : José Manuel Gual Acosta . --Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015

128 p. : 17 x 24 cm .—(Colección Jus Privado)

ISBN: 978-958-8465-92-0 (digital)

ISBN: 978-958-8465-91-3 (impreso)

I.Título II. Serie.

1. Responsabilidad civil

Dewey 346.03

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 14 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 13 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© José Manuel Gual Acosta

Primera edición, Bogotá, D. C.

Julio de 2015

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

*A mi amada y adorada esposa Mónica,
incansable cómplice de mis sueños.*

*A nuestro amado tesoro y dulce hijo, Manuel José,
proyección feliz de nuestra existencia.*

¡A los dos, con ilusión!

CONTENIDO

Prólogo	7
Introducción	15
Capítulo 1. Génesis y actualidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	21
Sección 1. Equilibrio y controles contra las cláusulas de irresponsabilidad	22
Momentos históricos que marcaron el desarrollo de los controles	22
Edad Antigua: validez de principio y sus primeros límites	23
La modernidad, exitoso furor de cláusulas restrictivas y primeras preocupaciones	28
Posmodernidad: incremento eficaz de controles	29
Aspectos sociales que determinarían la necesidad de los controles sustanciales	35
Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad extracontractual	46
Sección 3. Beneficios frente a riesgos y el dilema empresarial	48
Capítulo 2. Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	53
Sección 1. Cláusulas restrictivas de responsabilidad, dicotomía entre dos principios contractuales	55
Sección 2. Validez de principio de las cláusulas restrictivas	61
Sección 3. Eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	76
Condiciones de existencia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	76
Límites de validez común a todo contrato con cláusulas restrictivas de responsabilidad	80

Capítulo 3. Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad	93
Sección 1. Cláusulas de delimitación del objeto	96
Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad	102
Directas	107
Indirectas	109
Conclusión	115
Bibliografía	117

PRÓLOGO

Molto tempo è passato in Europa dall'epoca in cui il dibattito sull'efficienza giuridica della contrattazione di massa e sul controllo delle clausole vessatorie muoveva i suoi primi passi, fino a raggiungere la sua punta massima di discussione negli anni '70 del secolo scorso. A partire da quegli anni dottrina, giurisprudenza e —a seguire— il legislatore europeo hanno superato ogni dubbio riguardo la razionalità del comportamento economico di imprenditori e consumatori impegnati nella modalità della standardizzazione negoziale: il fenomeno della contrattazione di massa veniva riportato, semmai, nel suo naturale alveo di espressione di autonomia privata, seppure particolarmente qualificata dall'uniformità di contenuto delle condizioni negoziali e dalla disparità di posizione tra predisponente e aderente. Insomma, il problema iniziale posto dal vecchio continente non era se dubitare della natura negoziale o addirittura della legittimità delle clausole predisposte, quanto verificare l'opportunità di procedere al loro controllo. Gli anni '70 del XX secolo vedono, dunque, diversi ordinamenti giuridici europei rispondere positivamente a questi dilemmi: le clausole vessatorie non negoziate meritano un adattamento delle regole generali del diritto dei contratti, e sarà compito del legislatore, e/o del giudice o di un'autorità amministrativa dettare le regole speciali idonee ad addomesticare la contrattazione standardizzata al fine di renderla giuridicamente compatibile con il principio di libertà negoziale.

Da questo punto della storia comincia il libro del professore José Manuel Gual, che dall'esperienza europea in tema di gestione e controllo delle clausole

predisposte sa trarre molti insegnamenti e altrettanti spunti di riflessione per analizzare nel dettaglio la più odiosa delle clausole vessatorie: ossia il patto di esclusione o di limitazione della responsabilità del predisponente. Molte, allora, le chiavi di lettura dell'agile libro. Innanzitutto, la sua dimensione storico-comparatistica introduce il lettore, anche inesperto, alle astrusità e ai tranelli di pattuizioni che restano comunque espressione di autonomia negoziale e di efficiente gestione del rischio di impresa, rispetto alle quali —pertanto— l'atteggiamento del legislatore, o del giudice, non può che essere di bilanciamento di interessi. Emerge con chiarezza l'evoluzione normativa europea che ha portato dapprima alcuni ordinamenti giuridici nazionali, e in un secondo momento il legislatore comunitario, con la direttiva 93/13/CE del 21 aprile 1993, ad adottare una misura normativa e giudiziale di controllo delle clausole di esclusione o limitazione della responsabilità basata sulla significatività dello squilibrio normativo e sulla collocazione delle clausole in esame nella lista "grigia".

La seconda chiave di lettura del libro ruota intorno all'analisi dell'ampiezza dei controlli normativi e giudiziali. Non sfuggono all'Autore come i riferimenti normativi vigenti in Europa a seguito dell'applicazione della direttiva 93/13 circoscrivano il controllo della vessatorietà delle pattuizioni di esclusione o limitazione di responsabilità ai soli contratti dei consumatori. Non sfuggono all'Autore neanche le eccezioni a queste limitazioni soggettive: vengono riportate le soluzioni normative proposte da Italia e Germania, che conoscono la prima dal 1942, la seconda da tempi più recenti un controllo giudiziale delle clausole di esclusione o limitazione della responsabilità anche nei contratti tra imprenditori. Vengono soprattutto riportati i progetti europei di Soft Law, o nazionali di Hard Law (è il caso della Francia) come spunti di riflessione per un possibile allargamento —in un contesto sudamericano— di tale controllo anche ai contratti che coinvolgono imprenditori economicamente più forti ed imprenditori contrattualmente più deboli.

Infine, una terza chiave di lettura impone al lettore una riflessione sui principi ai quali si ispirano le clausole di limitazione o esclusione della responsabilità e che ne segnano, per un verso, la loro validità; per altro verso l'opportunità di un controllo normativo: autonomia negoziale e riparazione integrale del danno. Da qui si dipana un'analisi veloce quanto efficace delle regole, contenute nella parte generale del contratto di molti ordinamenti giuridici —anche europei, che

•Prólogo•

contengono regole di “salvaguardia” in grado di monitorare le pattuizioni che, escludendo o limitando la responsabilità, violano l’ordine pubblico o le norme imperative di un sistema giuridico coerente.

Alla fine di questo percorso, il lettore atterra dolcemente su un campo arato, dove cresce qualche certezza e molte rassicurazioni.

Cristina Amato*
Brescia, luglio 6, 2015

.....
* Professore associato di Diritto Privato Comparato, Università degli studi di Brescia (Italia).

PRÓLOGO

Ha pasado mucho tiempo en Europa desde la época en la cual el debate sobre la eficiencia jurídica de la contratación en masa y el control de las cláusulas abusivas estuvo en su primera fase, hasta que encontró el máximo esplendor de esas discusiones en la década del setenta del siglo pasado. A partir de esos años, la doctrina, la jurisprudencia y, a renglón seguido, el legislador europeo han superado cada duda con respecto a la racionalidad del comportamiento económico de los empresarios y consumidores, comprometidos en la modalidad de la estandarización negocial: el fenómeno de la contratación en masa se mostraba, si mucho, en su curso natural, como una expresión de autonomía privada, incluso cualificada por la uniformidad del contenido de las condiciones negociales y por la disparidad de las posiciones entre predisponente y adherente. Entonces, el problema inicial expuesto en el Viejo Continente no era dudar sobre la naturaleza negocial o sobre la legitimidad de las cláusulas predispuestas, sino verificar la oportunidad de proceder a su control. La década del setenta del siglo XX vio cómo los diferentes ordenamientos jurídicos europeos respondieron positivamente a estos dilemas: las cláusulas abusivas no negociadas merecen una adaptación de las reglas generales del Derecho de los contratos y ello se cumpliría gracias al legislador, por el juez o por una autoridad administrativa, al dictar las reglas especiales idóneas que permitieran domesticar la contratación estandarizada, al punto de volverla jurídicamente compatible con el principio de la libertad negocial.

En este punto de la historia comienza el libro del profesor José Manuel Gual, quien, desde la experiencia europea en tema de gestión y control de las cláusulas predispuestas, extrae muchas enseñanzas, así como tantos puntos de reflexión, para analizar al detalle la más odiosa de las cláusulas abusivas: el pacto de exclusión o de limitación de la responsabilidad del predisponente. Son muchas las claves de lectura de este versátil libro. Sobre todo por su dimensión histórico-comparativa, que introduce al lector, aun al inexperto, no solo en sutiles y complicados racionamientos, sino también en las trampas alrededor de estos pactos, los cuales permanecen, en todo caso, como una expresión de la autonomía contractual para la eficiente gestión del riesgo de empresa respecto a los cuales la posición del legislador o del juez no puede ser mantener el desequilibrio de los intereses. Emerge con claridad la evolución normativa europea que surgió con algunos ordenamientos nacionales y luego, en un segundo momento, el legislador comunitario, por medio de la Directiva 93/13/CE del 21 abril de 1993, al adoptar una medida normativa y judicial de control sobre las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, basada en la importancia del desequilibrio normativo y en la colocación de las cláusulas en examen en la lista “gris”.

La segunda clave de lectura del libro gira en torno al análisis de la amplitud de los controles normativos y judiciales. No escapan al autor las referencias normativas vigentes en Europa seguidas a la aplicación de la Directiva 93/13, que circunscriben el control de la abusividad de los pactos de exclusión o limitación de responsabilidad solo a los contratos de consumo. Tampoco lo hacen las excepciones a estas limitaciones subjetivas: se reportan las soluciones normativas propuestas por Italia y Alemania, que conocen, el primero desde el año 1942 y el segundo desde tiempo más reciente, un control judicial de la abusividad de las cláusulas de exclusión o limitación, también en los contratos entre empresarios. Aparecen referenciados los proyectos europeos de Soft Law o nacionales de Hard Law (es el caso de Francia), como puntos de reflexión para una posible ampliación de tal control en un contexto suramericano, incluso a los contratos que involucren empresarios económicamente más fuertes y otros contractualmente más débiles.

Una tercera clave de lectura impone al lector una reflexión sobre los principios en los que se inspiran las cláusulas de limitación o exclusión de la responsabilidad y que señalan, por un lado, su validez y, por el otro, la oportunidad de

un control normativo: autonomía negocial y reparación integral del daño. Desde aquí se hila delgado con un análisis veloz, pero eficaz, sobre las reglas contenidas en la parte general del contrato de muchos ordenamientos jurídicos, incluso europeos, que contienen reglas de “salvaguarda” en capacidad de monitorear los pactos que excluyen o limitan la responsabilidad, violatorios del orden público o de las normas imperativas de un sistema jurídico coherente.

Al final de este recorrido, el lector extraerá, con dulzura, de un campo arado donde crece alguna certeza y suficiente seguridad y tranquilidad.

Cristina Amato*

Brescia, julio 6 de 2015

Traducido del italiano al español por:

Mónica Lucia Fernández Muñoz abogada Universidad del Cauca
y Doctora de derecho Universidad Sant' Anna de Pisa-Italia

.....
* Profesora de Derecho Privado Compado, Universidad de Brescia (Italia).

INTRODUCCIÓN

Siete años después de haber culminado el Doctorado en Derecho Civil sobre el tema de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el año 2004, con calificación unánime equivalente a *magna cum laude*, el cual arrojó una monografía publicada como tesis doctoral en el año 2008, se retoman algunos aspectos conceptuales y evolutivos de la figura. Este resultado de una profundización, que fue producto de una investigación con la Universidad Católica de Colombia adscrita al grupo de investigación Estudios en Derecho privado y propiedad intelectual, en la línea Constitucionalización y actualización del Derecho privado nacional-estudio comparado, enfatiza en tres ideas que se han querido actualizar, debido a las nuevas tendencias que propone el Derecho de consumo con respecto a las cláusulas de irresponsabilidad como género, entre las que se encuentran los pactos de exoneración y limitativos de responsabilidad, cuya finalidad es trasladar el riesgo de una parte a la otra, con el fin de eludir o excluir la reparación.

En el texto se darán las pautas del inicio de un proceso evolutivo legislativo que, aunque novedoso y necesario en el Derecho interno, aún está en su etapa inicial, si se compara con el Derecho europeo, en especial con Francia, Italia, Alemania e Inglaterra. En la última década, en esos países se han decantado nuevos principios, con base en los cuales se han desarrollado esas reglas que hoy, incluso en nuestro sistema, también se tienen en cuenta para proteger de una mejor manera al consumidor y, de una forma más amplia, a la parte contractual débil. De esta manera, también entraría como sujeto débil contractual al lado del

consumidor tanto el pequeño como el mediano empresario, por lo que se hace referencia específica a los contratos B2C o B2b pyme.

Se trata de posiciones que en el sistema comunitario surgieron de modo aislado en Italia, Inglaterra, Francia y Alemania, pero hoy son las que señalan los derroteros de las nuevas tendencias y problemáticas, al punto de impulsar importantes reformas legislativas en sus sistemas. Tales reformas iniciaron con la modernización del régimen de las obligaciones del BGB que, con el cambio de milenio, incorporaron a su sistema interno las directivas de la UE, en las que se destaca la consagración legal de un sistema de listas de cláusulas presuntamente abusivas (negras y grises); entre ellas se enumeran varios tipos de las restrictivas de responsabilidad, de manera muy similar a lo que ya se había hecho desde una ley alemana del año 1976. Algo parecido sucedería en Italia, pero de modo limitado, en el sentido de que derogó las normas del Código Civile sobre consumo, al unificarlas en un cuerpo normativo: su nuevo Código del Consumo del año 2005. En él se establece una lista gris y otra negra de cláusulas abusivas, al estilo de una ley que incorporaría al Derecho interno italiano la Directiva UE 13/93 en el año 1996, pues en Italia y en Alemania las normas de control sobre las cláusulas abusivas ya estaban en el Código Civil desde 1942. Seguirían luego las reformas francesas al Code Civil, con las leyes de modernización económica de los años 2008 a 2010, con las que se ha procurado actualizar el Código Civil, el de Comercio y el de Consumo; se destaca el abandono de una lista blanca de cláusulas abusivas para instituirse uno de dos listas: una gris y una negra. De tal modo, estos sistemas en común presumen las cláusulas restrictivas de responsabilidad como abusivas, pero con diferente grado de presunción, el cual dependerá del tipo de bienes jurídicos protegidos sobre los que ellas recaen y el de mayor protección, por su importancia, es la persona tanto en su salud como en su integridad psicofísica.

A estas tendencias protectoras de débiles tampoco escapa Inglaterra, pues desde un Act de 1972, que se mantuvo con las reformas de los años 1994 y 1998, se definió una protección a favor del consumidor contra las cláusulas abusivas y entre ellas figuran, de manera presunta, las cláusulas de irresponsabilidad, también llamadas restrictivas de responsabilidad.

Se trata de un proceso creador que ha irradiado la evolución de los códigos de Soft Law desde 1994 con los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales

internacionales (PCCI) y hasta sus últimas versiones de 2011 con la propuesta de reglamento del Consejo y el Parlamento europeos de una normativa común sobre la compraventa europea (CESL), que pretende ser un régimen armonizado sobre la compraventa para la Unión Económica Europea.

El primer capítulo se refiere a todo el proceso evolutivo de las cláusulas restrictivas y sus primeros controles, que datan desde el antiguo Derecho Romano y luego pasan a un proceso en el que la protección de los débiles contra las cláusulas restrictivas no fue la mejor, pues en la Edad Media se vivió un crecimiento de los abusos, hasta llegar a una época en la que, mediante el comercio, la burguesía los incrementaría según las necesidades. Debido a los excesos de esa libertad salvaje a causa del *laissez faire-laissez passer*, se activaría una serie de controles, basada en aquellos pensamientos romanos expresados en el digesto, como en la posterior influencia de las ideas de santo Tomás; luego de la Revolución Francesa y la Revolución Industrial inglesa, se instaurarían protecciones a favor del adherente, con mayor fuerza en la época posmoderna. A este punto se llega como en una parábola que inicia en su casi permisión total a establecer tales límites de validez y se ha pensado en el riesgo de que el legislador las prohíba totalmente en temas de consumo, así como en contratos B2b pyme; estos últimos, como pequeños o medianos empresarios enfrentados a la gran empresa, también podrían ser como los consumidores y usuarios objeto de abusos, puesto que, en últimas, el gran empresario los trata como clientes, evidente en las cláusulas de pago de facturas a noventa o más días sin derecho a intereses o a indexación. De esta manera se lleva a la pyme a una delicada situación de liquidez.

Por tanto, resulta necesario estudiar la evolución de la figura para comprender que se justifica un control sobre las cláusulas restrictivas. Ello pretende explicarse desde las primeras normativas que, en la era Antigua, surgieron sobre la figura, hasta llegar al momento posmoderno que hoy se observa sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las cuales pueden referirse no solo a la responsabilidad contractual, sino también a la aquilina.

El segundo capítulo hace referencia a las normas en las que se fundamenta la licitud o la validez de principio de las cláusulas de irresponsabilidad tanto para los contratos en general como para cada contrato especial, sea civil, mercantil o estatal, los cuales podrían llegar a ser hasta de consumo. El énfasis estará en esas nuevas normas que, desde el año 2009 y durante 2011, marcarían una nueva

tendencia en Derecho privado de la cual se ha escrito poco. Esa tendencia protectora de débiles tampoco fue ajena al Derecho de los contratos de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994); sin embargo, esas cláusulas en el Derecho de los contratos de la administración han generado una mayor controversia en la contratación estatal de infraestructura y en la de servicios médicos. Así, para un análisis completo, no podría perderse de vista el impulso que a su licitud han dado los decretos que reformaron la Ley 80 de 1993 durante 2007, en especial con la consagración de la audiencia de riesgos.

De esta manera, el consumidor o la pyme que desconozca el régimen general y el especial, por los que se faculta a las partes para disminuir o aligerar la responsabilidad del deudor, se pondría en una posición de debilidad por conocimientos o pericia que lo dejaría al ir y venir de los desequilibrios que la parte contractual fuerte llegara a plantear dentro del contenido contractual.

Por otra parte, sin una claridad sobre el concepto de la figura de las cláusulas restrictivas y sobre la normativa de control que se les aplicaría, el acreedor se volvería presa de los abusos del deudor, pues carecería de la capacidad para identificar una cláusula de exclusión o limitación de responsabilidad, así como para controlar los desequilibrios contractuales que atenten contra el imperativo de buena fe contractual.

En el tercer y último capítulo se ahondará en la polémica y confusa ubicación conceptual de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, porque ellas parecerían abusivas según la mayoría de los primeros numerales de las normativas de control, sean leyes, resoluciones o acuerdos sobre consumo. Un análisis más profundo demostrará que esos numerales engloban una amplia tipología que aparecerá en los otros numerales de las leyes de control y que tal vez podrían pasar desapercibidos por la manera como se les nomina; no obstante las leyes nacionales mencionan al menos sesenta cláusulas que, por su contenido, efecto y aplicación, restringen de responsabilidad. La imaginación de una de las partes es la que las creará y será la contraparte la que las denunciará si las identifica como fuente de desequilibrio excesivo y el juez, en su calidad de intérprete, las juzgará como ilícitas, abusivas o nulas, pero, en todo caso, ineficaces o válidas.

De ahí la importancia de saber cuáles son las cláusulas restrictivas; cuáles, bajo otro ropaje, podrían generar la misma irresponsabilidad; cuál sería el régimen de ellas en los contratos Business to Consumer (B2C) y qué sucedería con

respecto a los contratos del tipo Business to business entre un gran empresario y una pyme, sea esta última parte bien un pequeño o un mediano empresario. Así, desde una política de eficiencia económica de la gran empresa, que no siempre equivale a eficiencia jurídica, la parte débil podría creer que porque unas determinadas cláusulas figuran dentro del contenido de un contrato, serán ley aplicable, tal vez porque desconoce cuáles son y si están o no prohibidas. La parte adherente o débil, conocedora de que en el contrato a celebrar hay algunas cláusulas que podrían ser ilícitas, cree que no tiene más opción que contratar, porque al parecer no hay ley que la proteja, al no ser un consumidor, pero cuando el acreedor las identifica, el siguiente paso práctico será saber cómo atacarlas para que no aligeren la reparación.

Como diría el célebre profesor François Chabas (QEPD), cuantas menos personas sepan y conozcan de las cláusulas restrictivas y cómo podrían llegar a ser abusivas, más fácil será abusar.

GÉNESIS Y ACTUALIDAD DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

1

Sección 1. Equilibrio y controles contra las cláusulas de irresponsabilidad

Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad extracontractual

Sección 3. Benéficos frente a Riesgos y el dilema empresarial

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad, también llamadas de irresponsabilidad, como género dentro del cual se encontrarían tanto las de exoneración como las limitativas de responsabilidad, gozan de un uso constante, pero la frecuencia con la que se utilizarían en los contratos no surgiría sino desde la época de la industrialización, en especial desde la última década del siglo XIX e inicios del siglo XX, pues ocurriría con mayor intensidad desde la Revolución Industrial. Este momento, además, marcaría el Derecho moderno de los contratos, pues las cláusulas se utilizaron de manera masiva en aquellos celebrados por adhesión o dentro de los contratos con condiciones generales predispuestas por una de las partes que, por lo general, era la parte fuerte, bien sea desde el punto de vista económico, de los conocimientos o de la pericia contractual sobre el negocio que celebra, frente a otro que no suele tener mayor injerencia en la contratación.

De ahí surge la necesidad de ilustrar el proceso evolutivo de las cláusulas restrictivas desde sus orígenes hasta al Derecho actual. Tal figura se halla inmersa en una constante evolución: pasó por una gran permisión en el momento del furor

de los inicios de su uso en los contratos hasta encontrar mayores controles en la época actual, al punto de ser considerada en la década del sesenta, de manera presunta, como abusivas en contratos Business to consumer (B2C) y a que desde hace veinte años se sostenga la necesidad de controlarlas cuando aparezcan en los contratos Business to Business (B2b).

En la Sección 1 se verán cuáles han sido los momentos que justifican la creación de ciertos límites de validez y se revisarán las eras Antigua, Moderna y actual, así como el rol que desempeña el equilibrio en esas épocas y las discusiones que se han hecho en torno a este mecanismo de control.

En la Sección 2 se observará si esos límites son extensivos al ámbito aquilino o si ellas están realmente proscritas.

Por último, en la Sección 3, se muestran tanto los riesgos para las partes débiles como los beneficios empresariales que puede generar el empleo de las cláusulas de irresponsabilidad para que se tome conciencia sobre la necesidad de estar atentos sobre las negociaciones del clausulado contractual, sin que por ello se piense en su eliminación total, sino más bien en la elaboración en un régimen efectivo de control.

Sección 1. Equilibrio y controles contra las cláusulas de irresponsabilidad

Determinar por qué se han venido creando controles a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad obedece más a una evolución histórica, que va desde su pacto sin mayor control hasta que la sociedad estableció ciertos controles, para defenderse de los abusos empresariales. No obstante, la idea de una total eliminación es lejana, pues no siempre resultan abusivas: basta con que sean equilibradas y gocen de controles eficientes.

Momentos históricos que marcaron el desarrollo de los controles

Los primeros datos histórico-normativos en los que se referencia algún tipo de control sobre los contratos con las cláusulas restrictivas de responsabilidad datan del antiguo imperio romano, época que la doctrina suele ubicar como el origen de las cláusulas de irresponsabilidad. A este período le siguió la Edad Moderna, caracterizada por el amplio y dinámico uso de cláusulas restrictivas de responsabilidad y, por último, en la Posmodernidad, termina con una intensificación

de controles sobre la validez de esas cláusulas de irresponsabilidad, en especial como consecuencia de la instauración del nuevo orden público contractual.

Edad Antigua: validez de principio y sus primeros límites

Se suele hacer mención de los digestos en los que se referencian algunos de los controles que desde la época romana se aplicaron a las cláusulas que figuraban en los contratos y establecían una irresponsabilidad del deudor. Así, en ellos se hacía un control mediante una referencia al tipo de culpa con la que se imputaba el daño ocasionado. Sin embargo, pese a la existencia de algunos digestos con los que se regularían desde entonces unos límites de validez aplicables a los pactos de irresponsabilidad, la práctica negocial romana demostraba la escasa utilización de este tipo de pactos dentro de los contenidos contractuales. Ello, tal vez, por los pocos daños o riesgos que las maquinarias de la época podrían generar durante la ejecución del contrato, por ejemplo, no sería lo mismo un daño ocasionado por un carro tirado por bueyes que un vehículo de carga moderno, como un camión, catalogado como de actividad riesgosa.

Por su utilización masiva en contratos de adhesión por necesidad de celeridad negocial y eficiencia económica, el momento histórico de los orígenes modernos de la figura se sitúa en la Revolución Industrial, es decir, desde 1890. Las nuevas tecnologías y técnicas de producción masiva traerían consigo más y nuevos riesgos, así como mayores y novedosos daños que, de alguna manera, tocaba mitigar, por necesidad de eficiencia económica, al menos durante la ejecución contractual; para ello, nada mejor que esta novedosa figura contractual: las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad o cláusulas de irresponsabilidad. Con ellas se lograría equilibrar los abultados daños que se podrían causar con el incumplimiento contractual y la idea de no repararlos, puesto que el pago de daños excesivos afecta la competitividad de las empresas, porque todos los costos de las reparaciones de daños se reflejan en el aumento de precios de los productos; esto se conoce como la externalización del costo de los daños en el precio final de los productos, servicios o mercancías. De ahí que su uso en los contratos se convirtiera en una necesidad, con la finalidad de mantener la eficacia económica del contrato.

Si las cláusulas de irresponsabilidad no se pudieran pactar de alguna forma, el consumidor se vería perjudicado por el aumento en el costo de los bienes que necesita y, en últimas, sería el único gran afectado; esto justifica la necesidad de un control equilibrado y eficiente sobre las mismas, pues no es ajeno al consumidor el uso generalizado de las cláusulas de irresponsabilidad en la contratación por adhesión con contenidos generales predispuestos, mediante su inclusión en formularios del tipo estándar.

En la Inglaterra de fines del siglo XIX empezaron a utilizarse dentro del clausulado del contrato de transporte de cosas por vía marítima, uso que luego, en la década de 1920, se extendería a la mayoría de los contratos que implicaran un depósito, como son los almacenes generales de depósito en custodia de cosas o valores, entre ellos, cuentas bancarias y cajillas de seguridad, hoteles, lavado de indumentos y vehículos e incluso atípicos como los de parqueaderos. Esta situación se refleja en nuestra realidad local con sentencias de la Corte Suprema, Sala Civil; esas cláusulas se han utilizado también desde el año de 1936 con frecuencia en contratos de servicios bancarios y financieros, transporte de cosas por vía marítima, pasajeros y cosas por vía aérea, lavaderos de vehículos y contratos que implican un depósito, así como en contratación estatal para la elaboración de carreteras o concesiones de explotación minera.

En la antigua Roma, los digestos que se refieren a las cláusulas limitativas de la responsabilidad lo hacen respecto a aquellas que pretendían modificar el régimen del *praestare*. En su texto, algunos de ellos hacían alusión a cláusulas que recaían sobre eventos relacionados con *dolum*, *custodiam*, *casum*, *culpam*, *diligentiam praestare* y *periculum praestare*;¹ sin embargo, al parecer se pactaron poco y hasta con imprecisión. Solo desde la época del principado podría hablarse de manera precisa del reconocimiento de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, bajo la regla de que serían válidas en principio, pues consagran como único límite que el incumplimiento del cual el deudor pretende restringir su responsabilidad sea de aquellos cuya conducta no sea cometida con dolo.

En digestos se consagraría la invalidez del pacto por el que no se garantizaba la evicción en caso de dolo, pues se establecía que quien actuara con dolo

1 Indira Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual en el Derecho romano", *Revista de Derecho Privado*, núm. 20 (2011): 13.

debería, en consecuencia, tener una responsabilidad mayor (D. 19.11; 15.16.18 y D 19.1.13).²

Llama la atención que en el digesto (D. 19.2.30.4) se estableciera que, en cuanto al arriendo de un fundo, su entrega resultaba condicionada al hecho de que al momento de devolverse, se haría sin deterioro, salvo aquellos derivados de fuerza extraña o de la vejez. Al parecer, este último texto hace referencia a una posible cláusula de exoneración a favor del inquilino sobre el deterioro del bien al tiempo de restitución para eventos inculpables a él, como los de fuerza (para incluir los actos de los dependientes del deudor) o vetustez del inmueble.³ También se podría entender que, en cambio, alude a una cláusula sobre el objeto de las obligaciones, en la que el inquilino no se obligó a la conservación del bien cuando el deterioro fuera causado por vejez o fuerza (incluidos actos no solo de sus dependientes, sino también de sus esclavos, quienes solo eran cosas y, como tales, pertenecían a su amo, señor y dueño) al momento de la restitución del inmueble.

De esta manera, se muestra que desde la Antigüedad el concepto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad era poco claro, pues ya se iniciaba el debate entre cláusulas sobre el objeto y las restrictivas de responsabilidad.

Tampoco parecía clara la diferencia entre una cláusula que limita y una que exonera, ya que no hay referencia al *quantum* o cifra indemnizable; de lo que sí hay referencia es de cláusulas que limitan o prohíben el uso de algunas o todas las acciones derivadas del incumplimiento e incluso de cláusulas por las que, con su aplicación, se logra restringir algún efecto del incumplimiento; de no existir esta cláusula, la reparación integral de los daños sería más fácil, pues con ella es posible pretender exonerar o limitar la responsabilidad que, en principio, correspondía al deudor.

Respecto a un contrato de arrendamiento especial de un almacén para el depósito de mercancías conocido como *Horrearius*,⁴ el digesto (D. 19.2.60.6.) indica que entre las partes se pactó que el propietario del inmueble no asumiría el riesgo sobre oro, plata y perlas que allí se depositaran. No obstante, aunque en este antiguo texto parecería hacerse referencia a una cláusula restrictiva de

2 José Manuel Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil* (Bogotá: Ibáñez, 2012), 399.

3 Indira Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual", 16.

4 Indira Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual", 17-18.

responsabilidad para cierto tipo de bienes, también es cierto que asemejaría más bien una cláusula del objeto de las obligaciones sobre los bienes que se asumiría la custodia y de los cuales se respondería en caso de faltar a esa obligación. Esto tampoco resulta muy claro o del todo convincente, toda vez que con ese dígito se está ante un evento de desnaturalización de las obligaciones del contrato de arrendamiento; ni siquiera a la luz del Derecho actual esta fórmula sería muy viable, sea que se trate de un régimen típico o atípico de los contratos. Es más, hasta entidades de control como la Superintendencia Financiera (SIF), al emitir su circular única, establece que se aplicará el régimen del depósito a los contratos atípicos que implican el desprendimiento de un bien, como sería el de parqueaderos. Ello por cuanto el propietario de un inmueble arrendado no ejerce custodia de los bienes que allí se depositen. En cambio, a lo que sí se obliga el propietario de un inmueble en arriendo es a satisfacer el uso y goce del bien arrendado, sea para destinarlo a vivienda, comercio o destinación mixta. Cosa muy diferente y poco lógica a lo que ocurre en los depósitos, donde la obligación, en esencia, es de custodia; una obligación diferente a esa, similar a la del arrendamiento de bienes o a un comodato no estaría ligada a la naturaleza del contrato de depósito y terminaría por desnaturalizarlo.

La custodia es una de las obligaciones contractuales que suele presentarse en los contratos de depósito, pues en últimas su finalidad es esa, por ejemplo, en los contratos de cajillas de seguridad. Se trata de una posición con la que se pretende evitar que las partes desnaturalicen los negocios mediante el empleo de cláusulas que eliminan las obligaciones de la esencia de los contratos, para lograr como efecto eludir o disminuir la responsabilidad que correspondería a la parte deudora.

Esos eventos en los que las partes, por actos de autonomía, suelen convertir un contrato que es netamente de depósito en uno de arriendo o de comodato hoy no parecen ser muy aceptados,⁵ pues lo convertiría en otro negocio. De esta manera, suele primar la realidad contractual; así, en el depósito, la obligación esencial es la custodia con todo lo que ello implica, mientras en el arriendo es la mera entrega de un bien.

.....
5 Philippe Delebecque, "Régime de la réparation", en *Juris clauseurs civil code Art 1146 a 1155*, fasc. 210 (París, 2014), 4 y ss.

En los inicios del imperio romano ni siquiera se permitía modificar el régimen de responsabilidad y tampoco era posible agravarlo. Fue en la época del principado cuando se permitió la posibilidad de pactar una agravación de la responsabilidad del deudor, para que este asumiera eventos de fuerza mayor por los que también pasaría a responder frente al acreedor, como lo reconocería Ulpiano (D. 50.17.23). De esta manera, se logró disminuir la tensión que el tema ocasionaba y condujo a que la posibilidad de hacer pactos modificatorios de la responsabilidad se extendiera hacia finales del siglo I d. C. e inicios del siglo II de nuestra era (esto es, a inicios del Principado y finales del período de la República), mediante la idea de acordar sobre el régimen de la responsabilidad, al hacerse posible disminuirlo o agravarlo (D. 16.3.1.7). Así, los textos antiguos solo remiten al actuar doloso en el incumplimiento del deudor como único límite a la validez de las cláusulas de modificación de la responsabilidad, porque el actuar doloso en el incumplimiento se consideraba contrario al imperativo contractual de la buena fe y en el Derecho clásico, un actuar inmoral o contrario a las buenas costumbres.⁶

Surgiría alguna casuística romana sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad con respecto a temas como garantías, tipos de culpa y daños como el de rotura (D 9.2.27.29) y en depósito, al referirse a la custodia (Gayo III, 27).

No obstante la existencia de algunos digestos republicanos en la época del imperio con los que se abría espacio a la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad, se les negaba validez porque eran consideradas contrarias al orden público, por la inmoralidad de contrariar las buenas costumbres.

Esa situación tan rígida contra las cláusulas de irresponsabilidad tan solo cambió al iniciar la época del Principado, cuando se habló, como hoy, de la validez de principio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Se puso como único límite que el deudor, con su pacto, no podría pretender restringir las consecuencias de un incumplimiento contractual futuro en el que incurriera debido a su actuar con dolo o culpa grave. Ya existía la regla romana según la cual la culpa grave se equipara al dolo,⁷ máxima romana heredada por las codificaciones modernas, incluida la codificación civil nacional (Art. 63 CC).

6 Grazia Ceccherini, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato* (Turín: Gaipichelli, 2008), 151. Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 54-55.

7 Cristián Banfi del Río, "La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile", *Revista chilena de Derecho* 27, núm. 2 (2000): 291 y ss.

La modernidad, exitoso furor de cláusulas restrictivas y primeras preocupaciones

En la época Moderna, a partir de la industrialización, la producción masiva de las nuevas máquinas en largas jornadas extenuantes y la colocación de los nuevos inventos en el mercado mediante una contratación por adhesión justificada por términos de eficiencia económica llevaron a que se causaran nuevos y más daños. Esto evidenciaría la necesidad de buscar una forma de evitar una reparación abultada de los daños; la respuesta a esa necesidad será de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, como una herramienta común en los contratos desde inicios del siglo XIX.

Esas cláusulas restrictivas de responsabilidad vendrían a ser utilizadas en los contratos de transporte marítimo de mercancías de las navieras inglesas, mediante la incorporación a sus contratos de la cláusula según la cual “no se responde por rotura” de la mercancía transportada. Dicha situación les permitió ubicarse con rapidez en una posición privilegiada en el mercado, debido a su alta eficacia económica porque al lograr que su baja responsabilidad se externalizara mediante los bajos costos de los fletes, estos se volvieron mucho más económicos que los de sus competidores de países vecinos con respecto al transporte por metro cúbico o por peso transportado.

Al disminuir los riesgos que implicaría una responsabilidad por incumplimiento sobre la prestación de un servicio de transporte, los costos de flete también bajan, lo cual se convierte en un primer factor de equilibrio para el usuario. Ello es así, al menos, en tema de fletes. Este equilibrio es claro desde el punto de vista económico de las prestaciones y, a veces, puede coincidir con el equilibrio jurídico o normativo de las obligaciones, en especial, si se ofrecen alternativas que, aunque aumenten costos para el usuario, también incrementan la responsabilidad del proveedor de un servicio. De esta manera, el usuario puede escoger la política de transporte más conveniente y contar con más alternativas que garanticen una reparación, según el riesgo y los valores de las mercancías transportadas.

La utilización de cláusulas de irresponsabilidad en los contratos se extendió a las demás navieras europeas, al punto de establecer nuevas cláusulas de no

responsabilidad por daños a las mercancías transportadas por humedad del casco, por piratería, por rotura de timón o por culpa náutica, entre otras.⁸

Si bien en la época moderna el auge de las cláusulas fue amplio y sin mayores controles, en la década de 1930 se iniciaron los primeros controles, al establecerse topes legales a la reparación, lo cual hizo que las cláusulas no valieran si el tope indemnizable resultaba inferior al legal.

Posmodernidad: incremento eficaz de controles

En la década del sesenta, en Estados Unidos, se incrementaron los controles de validez sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad. De manera similar, en Reino Unido la jurisprudencia creó el límite pretoriano adicional a los establecidos en la ley sobre la validez de la obligación esencial o fundamental del contrato y se extendería a otros sistemas de Common Law, en especial a Estados Unidos.

Mediante la teoría de la “fundamental breach of contract” se pretendía que las partes no pactaran de forma válida restricciones o aligeramientos de la responsabilidad sobre el incumplimiento de la obligación fundamental o esencial del contrato.

Tanto Reino Unido como Estados Unidos abandonarían con rapidez la teoría de la obligación fundamental. Así, desde 1981, en plena Posmodernidad, dejarían de aplicarla y le restarían interés por considerarla superficial, carente de consagración sustancial y por la subjetividad de su aplicación pretoriana, posible fuente de abusos judiciales, debido a la interpretación subjetiva que cada juez podría hacer sobre las obligaciones fundamentales⁹ del contrato. Esto tendría la finalidad de controlar una cláusula de irresponsabilidad, pues se consideró que, en últimas, nada se opondría a que se pudieran pactar, de manera válida, cláusulas sobre el incumplimiento de cualquier obligación contractual, incluso esenciales.

En la década del setenta, Alemania y Francia estarían por establecer nuevos controles a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y seguían el

8 Antonio Lefebvre, *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo* (Roma: Soc. ed. del “foro italiano”, 1939), 32 y ss.

9 La teoría de la fundamental breach evolucionaría y se unificaría bajo la obligación fundamental con base en el análisis jurisprudencial sobre tres contratos: venta de muebles, depósito y *leasing* de vehículo, para concluir que la obligación fundamental hace referencia a aquella de la esencia del contrato. Ruth Sefton-Grenn, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise* (Paris: LGDJ, 2000), 104 y ss.

mismo límite romano según el cual las cláusulas restrictivas de responsabilidad que pretendan exonerar al deudor de un incumplimiento cometido con dolo o culpa grave serían nulas.

En la década del cuarenta, Italia intentaba instituir un control al contrato por adhesión con cláusulas gravosas, como en efecto lo hizo al consagrar en los Artículos 1341 y 1342 de su Código Civil de 1942 un mecanismo formal que consistía en una doble firma: una para el contrato y otra para las cláusulas gravosas; en últimas, resultó ser ineficaz porque era insustancial, toda vez que el deudor (parte fuerte) lo evadía con facilidad.

Sería a mediados de la década del setenta cuando Alemania crearía una ley de control sobre las cláusulas abusivas e incluía allí a las restrictivas de responsabilidad de modo muy similar a como lo haría en la reforma al BGB de 2001 que irradia con el sistema de listas a todo el régimen de control mundial sobre cláusulas abusivas y desde la década del noventa a los códigos de Soft Law.

No obstante las consideraciones inglesas sobre la teoría de la obligación fundamental o esencial, dicha teoría sería retomada por la jurisprudencia francesa desde el célebre caso de transporte rápido de la sociedad Chronopost, la cual fue contratada por una empresa para el envío rápido de un documento, con la mala fortuna de que no llegó dentro del término estipulado y, al momento de pretender hacerla responsable por los daños, la empresa exhibió como excepción una cláusula limitativa pactada en el contrato y que limitaba con un *plafond* irrisorio su responsabilidad para eventos de retardo o falta de puntualidad en la entrega: el monto de la suma pagada por el remitente; a ello, la Casación, en su Sala Comercial, consideró dejar dicha cláusula restrictiva¹⁰ sin efectos y como no escrita, con el argumento de que atentar contra la obligación esencial contratada mediante cláusulas de irresponsabilidad equivale a una ausencia de causa.

Se trata de un fallo muy comentado en Francia y conocido como la célebre *arret Chronopost*, proferido por la Casación en su Sala Comercial el 22 de octubre de 1996, con una posición que se confirmaría de manera constante por los fallos de la Casación durante la siguiente década.

Ese control no es otro que el de la teoría de la obligación fundamental o esencial, que se aplicaría como un mecanismo de control para prohibir aquellas

10 Sophie Gaudement, *La clause réputée non écrite* (París: Económica, 2006), 241.

cláusulas restrictivas de responsabilidad que versen o recaigan sobre las obligaciones fundamentales de los contratos.¹¹

En efecto, así se emite un fallo de la Casación francesa de las secciones mixtas, en el que desde el 22 de abril de 2005 se mantiene un control por el cual se reputará como no escrita de pleno derecho la cláusula restrictiva de responsabilidad que, por sus efectos o contenidos, recaigan sobre el incumplimiento de la obligación esencial del contrato. Tal posición se confirmaría con fallos de la Casación Comercial en Sentencias del 21 de febrero de 2006 y del 13 de febrero de 2007.

Sin embargo, las críticas a esta postura de la Casación no se hicieron esperar en la misma Francia, donde se generaron posiciones encontradas tanto por la imprecisión de la noción de la obligación esencial como por el riesgo que se podría generar al determinar casi una eliminación total de las cláusulas limitativas de responsabilidad.¹² La Casación da a entender que la retoma de esa antigua creación de origen inglés, más que un avance, parecería un retroceso; no obstante, ese mecanismo sigue vigente con plena aplicación por parte de la Casación, en el sentido de que una cláusula restrictiva de responsabilidad no puede recaer sobre obligaciones esenciales o fundamentales del negocio.¹³

La Casación francesa respondió a las críticas con un fallo emitido por la Casación Comercial el 18 de diciembre de 2007, en el que se aligera un poco ese fuerte control y lo mesura, en la medida en que aquellas cláusulas que restrinjan la responsabilidad ya no serán eliminadas del contrato por el simple hecho de afectar el incumplimiento de una obligación esencial, sino que serían eliminadas solo si dejan sin sustancia esa obligación esencial. Esta última posición vendría a reiterarse desde entonces de manera constante en la jurisprudencia y en especial

11 Sefton-Grenn, *La notion d'obligation fondamentale*, 1; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 260 y ss.; Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II (Bogotá: Legis, 2007), 582 y ss. Para mayor precisión, puede verse el interesante y preciso estudio de Juan Pablo Cárdenas, "Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad", en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI* (Medellín: Pontificia Universidad Javeriana, 2008), 240 y ss.

12 Geneviève Viney, Patrice Jourdain y Jacques Ghestin, *Les effets de la responsabilité: exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, assurance de responsabilité* (París: LGDJ, 2011), 454 y ss.; Thomas Genicon, "Le régime des clauses limitatives de réparation: état des lieux et perspectives", en *Revista de Direito do Consumidor* (2008): 988 y ss.

13 Denis Mazeaud, "Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons", en *Recueil Dalloz* (2008): 1776 y ss. Entre las sentencias de la Casación francesa que siguen aplicando el control de la obligación esencial sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad se pueden mencionar la Cass. com., 29 juin 2010, n. 09-11841, en JCP G 2010, n. 28, 787, nota D. Houtcief y la Cass. com., 13 févr. 2007, Defrénois, 2007, 1042, obs. R. Libchaber.

con un fallo del 29 de junio de 2010, en el que se mantiene con mesura la obligación esencial como control sobre las cláusulas restrictivas.¹⁴

Desde 1996, la jurisprudencia francesa aplica la teoría de la obligación fundamental o esencial y la consolida como criterio de control sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Los argumentos en los que se apoya la jurisprudencia para mantener como límite de validez de las cláusulas de irresponsabilidad la teoría de la obligación esencial son tanto la causa del contrato como la finalidad del negocio en el que se encuentran estipuladas, así como los términos y la teoría del equilibrio.¹⁵

Cabe precisar que por obligación esencial suele entenderse aquella que constituye el fundamento, la base o sustancia del negocio, es decir, sus raíces originales fundamentales que lo determinan y soportan, por ser su obligación vital. En otros términos, obligación fundamental y esencial son sinónimos.¹⁶ También es de aclarar que la obligación esencial o fundamental es diferente a la que se considera la obligación principal o primitiva del contrato por oposición a las obligaciones que son anexas, accesorias o secundarias; de esta manera, al no ser conceptos idénticos, tampoco resulta fácil definir cláusulas restrictivas de responsabilidad sobre las obligaciones principales, pues la obligación fundamental obliga al intérprete a reflexionar sobre la noción misma del contrato.¹⁷

Sin embargo, la causa como uno de los argumentos centrales de la obligación esencial para determinar la ineficacia contractual tiende a desaparecer, al menos en Francia, según el último proyecto de reforma del Code Civil radicado por el Gobierno en febrero 2015.¹⁸ En el Artículo 1127 de este texto, la causa se excluye de los requisitos de validez negocial.

14 Denis Mazeaud, "Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?", en *Recueil Dalloz* (2010): 1832 y ss.; Mazeaud, "Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons", 1776; Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 456-458.

15 Indira Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el Derecho moderno de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 23 (2012): 140.

16 La obligación fundamental o esencial hace referencia más a una definición de carácter filosófico que jurídico. Sefton-Grenn, *La notion d'obligation fondamentale*, 12.

17 Sefton-Grenn, *La notion d'obligation fondamentale*, 11 y 13.

18 La causa suele ser un argumento bastante discutible por su abstracción y poca claridad. Además, tiende a ser abandonada en la ley positiva, como lo plantea el último proyecto de reforma al Code Civil francés radicado por el Gobierno en 2015. El texto de la reforma puede verse en http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

En Alemania, Inglaterra, Estados Unidos e Italia, la obligación esencial como límite posible a la validez de las cláusulas restrictivas es un tema superado, sobre el que incluso no se hace comentario alguno, toda vez que no se aplica y se sostiene que carece de sentido la prohibición de pactar cláusulas restrictas de responsabilidad válidas sobre el incumplimiento de obligaciones esenciales, a condición de que dicha cláusula de irresponsabilidad resulte equilibrada y conforme a la buena fe contractual, como se haría para cualquiera de las obligaciones derivadas de un contrato.

Respecto a la obligación esencial como límite, el régimen colombiano ha guardado silencio tanto en la legislación como en la jurisprudencia, lo que indica que no es un límite como tal. Sin embargo, la doctrina no ha sido ajena a ilustrar esa realidad franco-inglesa sobre la obligación esencial como un criterio de control sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad.¹⁹ Parecería prudente que dicho control no se aplicara al Derecho interno nacional y menos aún cuando ya se tiene una ley de protección de consumidores (Ley 1480 de 2011 o Estatuto del consumidor) que, con el esquema de listas negras, expresa que las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del profesional serán abusivas en los contratos de consumo (B2C) celebrados por adhesión.

En los numerales 4 y 5 del Artículo 5 de dicha Ley (en adelante, EC) se entiende por consumidor no solo a personas naturales, sino también a las jurídicas, sin importar si son públicas o privadas, pues basta con que actúen con una finalidad ajena a su fin negocial o económico.²⁰

Dentro de las últimas tendencias sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad, resulta interesante el criterio amplio y general con el que el proyecto francés de reforma al Code Civil de 2015 señala que las disposiciones contractuales no podrán controvertir por su contenido o efecto el orden público, según su Artículo 1161. Esto es una reafirmación de los criterios ya establecidos por los Principios Lando (PDEC) y, al mismo tiempo, se incluye el criterio de equilibrio como criterio específico de control sobre las cláusulas contractuales, en especial

19 Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, 582 y ss.; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 544 y ss.

20 Ya que no todos los sistemas aceptan al empresario débil como consumidor, aunque actúe por fuera de su actividad económica, sobre la definición de consumidor puede verse Dante Rusconi, "La noción de consumidor en la Ley 1480 de 2011", en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dir. Jose Gual y Juan Villalba (Bogotá: Ibáñez, 2013), 83 y ss.

sobre las restrictivas de responsabilidad, a fin de que estas no lleguen a ser abusivas. Tal criterio deberá ser de entidad normativa, es decir, entre las obligaciones y los deberes de las partes y adicionalmente deberá tener el carácter de significativo, esto es, abultado, grave o importante, pues no todo desequilibrio daría lugar a reputar una cláusula contractual como no escrita. Por disposición del mismo proyecto de reforma, en los Artículos 1168 y 1169, este último control específico sería inaplicable a aquellas cláusulas que recaigan sobre el precio o el objeto principal del negocio. Del resto, el proyecto galo continuó con las tendencias ya consolidadas en Europa, al mantener excluidas del control de abusividad aquellas cláusulas sobre precio de la prestación y el objeto principal del contrato.

Es claro que se pueden pactar cláusulas sobre el objeto de las obligaciones con la finalidad de que un sujeto contractual pueda asumir o no ciertas obligaciones, caso en el cual no existirá responsabilidad alguna por las obligaciones no asumidas. Por tratarse de cláusulas que versan sobre el objeto o contenido de las obligaciones asumidas, en principio, ellas no se controlarían como cláusulas de irresponsabilidad, a menos que por sus efectos, contenidos o aplicación resultaran ser cláusulas restrictivas de responsabilidad. Se trata de una posición que, si bien surgió durante la década del ochenta, ha sido, pese a algunas posiciones contrarias que proponen que se dejen sin control, porque versan sobre el objeto contractual. En todo caso, se comparte la posición según la cual es necesario ejercer un control sobre las cláusulas contractuales, con independencia de su contenido contractual, como una manifestación del control sustancial que se debe practicar sobre las cláusulas de irresponsabilidad que así lo sean por sus efectos o aplicación; se comparte la idea de que lo que se debe ejercer es, en realidad, un control sustancial, sin importar su nominación o contenido. Esta es la tendencia que se observa con claridad en el texto de los Principios Lando (PDEC) desde la entrada del nuevo milenio.

El uso de las cláusulas restrictivas sigue vigente, puesto que es un mecanismo de eficiencia económica, al hacer empresas más competitivas y reducir una responsabilidad o un riesgo que sin ellas sería más gravoso, al permitirles contratar seguros sobre la responsabilidad limitada, previamente pactada, y así disminuir los riesgos. Ello también propiciará una reducción en los fletes, pues cuanta menor responsabilidad, menores costos de fletes; sin embargo, los controles van en

aumento en Derecho de consumo y ahora no solo en contratos B2C, sino también en B2b-pyme.

Aspectos sociales que determinarían la necesidad de los controles sustanciales

El equilibrio contractual se constituye como una idea reciente del Derecho de la teoría de los contratos y se integra como parte de un orden público contractual renovado.²¹ En efecto, en la Antigüedad solo se garantizaba el equilibrio económico contractual, en especial gracias a la teoría de la lesión enorme de origen romano.

En la época Medieval, debido a las dificultades en la circulación de las mercancías por la fragmentación del mercado y la falta de unidad política, se dificultó la circulación de mercancías, como de personas e incluso de información. Esta situación daría lugar a lo que suele llamarse economía de erogación, pues se producía lo necesario para que cada cual viviera según las exigencias de su situación; de esta manera, los precios se hicieron inciertos y cambiantes de lugar a lugar e influenciados por la penuria o las condiciones de indigencia, lo que ocasionaba que se dejara un amplio espacio a los abusos.

De ahí surgió una primera necesidad de equilibrio, como fue la de imponer regulación de los precios para evitar que ellos no quedaran al simple arbitrio de los contratantes. Ello se reforzaría con los valores cristianos expuestos por santo Tomás contra la avaricia y la especulación, con la finalidad de que se mantuviera un precio justo.

Con Carlo Magno se profririeron las primeras leyes de control, una en el año 806 sobre los productos de la tierra (vino, aceite y granos) y otra del año 789 que, junto con la ética medieval, darían los primeros pasos para prohibir la usura. También se buscaría una remuneración justa por el trabajo de manera conmutativa, con base en la prohibición de la avaricia.

Más adelante en Venecia, mediante una ley del año 1478, se ordenó la revisión de los contratos de venta de propiedades de los pobres, incluso cuando vendían caballos o alimentos, para que se les pagara al precio justo.

Sin embargo, la sociedad medieval aplicaba vínculos de ética económica solo para una misma comunidad; así, frente al extranjero —equiparado al enemigo— seguía siendo lícita incluso la usura. Esta situación sería muy similar al estilo de

21 Laurence Fin-Langer, *L'équilibre contractuel* (París, LGDJ, 2002), 133 y ss.

lo que ocurría en la época del imperio romano, pues la organización económica que se mantuvo en el antiguo régimen medieval con base en las tradiciones fue el de la desigualdad. Entonces, se permitió el enriquecimiento mediante el comercio con las colonias y los extranjeros; la ética allí no aplicaba, como sucedió en el siglo XII con el comercio entre Oriente y Occidente con las nuevas posibilidades de especulación, lo cual abría la posibilidad de vender las mercancías a un precio mejorado respecto al de compra.

Estos principios que influenciaron las relaciones mercantilistas medievales solo se superaron en el siglo XVIII con la Revolución Francesa, en el año 1789, cuando se impuso el principio de la necesaria equivalencia entre las prestaciones, a fin de retomar la idea de los canonistas sobre la conservación de un precio justo.

De esta manera, se fueron creando controles a favor de un equilibrio económico, basado en la teoría de la lesión enorme, pero el control de la prohibición de los intereses sobre los préstamos se fue mitigando por las exigencias de la práctica negocial, aunque se buscó que no hubiera usura.²²

Luego de la Revolución Francesa, las leyes permitirían que, fundada en el criterio de la igualdad, la clase burguesa o aristócrata estableciera el justo precio, salario y provecho según el mercado y el libre actuar de cada cual, sea ciudadano o incluso extranjero. Se mantuvo la teoría de la lesión, que en algún momento eliminó en el tema inmobiliario, pero luego de escasos dos años se retomó. Por ley se permitió el cobro de intereses a 5% EA en civil, mientras en 1807 el comercial se establecería en un 6% EA. En 1886 se abrió paso a la libertad de los intereses comerciales convencionales y en 1918, en materia civil.

Mientras esto pasaba en Francia, el ABGB austriaco consagró el precio justo en el año 1811, con la finalidad de mantener la proporción de las prestaciones y evitar el aprovechamiento contractual de la situación de debilidad de una de las partes.

Fue el BGB alemán publicado en 1897 y en vigor desde 1900 el que instituyó la protección del consentimiento, a fin de excluir el provecho contractual indebido de una de las partes. Luego se emitió la Allgemeine Geschafts Bedingungen Gesetz (AGBG) de 1976, que sirvió de modelo a los todos regímenes de protección contra las cláusulas abusivas. Esta Norma se incluyó dentro de la ley de

22 Lanzillo Raffaella., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali* (Padua: Cedam, 2003), 47 y ss.

modernización que reformó el régimen de las obligaciones del BGB y que entró en vigor el 30 de junio de 2000.²³

Los principios liberales franceses inspiraron el Código Civile italiano de 1865, pero en 1942, mediante su nuevo y aún vigente Código Civile mantuvo un total desinterés en tema de proporcionalidad de las prestaciones desde el punto de vista económico. Sin embargo, con este Código Civil de 1942, empezaron los primeros controles sobre los contratos por adhesión ejercido sobre las cláusulas que resulten excesivamente onerosas para una de las partes del contrato, en especial cuando este es celebrado por adhesión. Esos controles iniciales resultaron ineficaces, porque se circunscribían solo a la forma, mediante una firma adicional que el adherente debía dar, además de aquella por la que se entendía la aceptación del contrato, para que esas cláusulas fueran válidas.

Entre 1960 y 1980, mediante el intervencionismo de Estado, se otorgaría una protección al equilibrio contractual bajo la influencia de principios sociales para la protección de la libertad contractual de los débiles.

Así, se emitieron muchas leyes que regularon de manera imperativa muchos de los precios de bienes, siempre a favor de los usuarios y consumidores (lo que se suele llamar los precios administrados o regulados), situación que se presentó en Italia en la década del ochenta en tema de combustibles sólidos, energía eléctrica, gas, cemento, prensa, papel, productos químicos, fertilizantes, medicinas, aceite de oliva y de semilla, sal, azúcar y tarifas hoteleras, entre otros, con unos rangos de precios mínimos y máximos, a fin de mantener un margen adecuado de provecho.

Un control basado en fines sociales redistributivos también se haría sobre las condiciones generales de la contratación predispuesta por módulos estándar,²⁴ para mantener una adecuada correspondencia en las relaciones contractuales con sujetos que se consideran económicamente débiles, como ocurrió con las leyes de arriendo de bienes rurales o las de bienes de habitación, las cuales son muy diferentes al arriendo comercial de bienes.

23 Giovanni de Cristofaro, "Note introduttive sulla genesi e sull'oggetto della riforma tedesca e sui contenuti del quaderno", en *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Padua: Cedam, 2003), X.

24 Federico Álvarez, "Del contrato social a la socialización del contrato", en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dir. José Gual y Juan Villalba (Bogotá: Ibáñez, 2013), 298 y ss.

En los sistemas de Common Law, en cambio, se observa que entre las décadas del cincuenta y del ochenta se emitieron pocas leyes, pero dan amplias facultades al juez contra la explotación contractual de la parte fuerte, a fin de que este reprima los abusos.

Estados Unidos e Inglaterra fueron los primeros en introducir leyes severas de protección a la competencia, con el objeto de que los contratantes operen de manera paritaria en las condiciones contractuales ante el nacimiento de las grandes empresas con tendencias oligopólicas y tentativas monopólicas.

Se destacan, entre otros, el Scherman Act de 1890, para reprimir las restricciones del comercio y para evitar la competencia; el Robinson Patman Act, para evitar tratamientos preferenciales a las empresas fuertes respecto a aquellas menores; las sanciones severas a los acuerdos de precios desde 1900, con el fin de favorecer el sentido horizontal de la libertad de mercado.

En todo caso, lo que se buscó fue evitar la grave desproporción entre los valores de intercambio y se recurrió a los términos de razonabilidad *unconscionable*²⁵ o de lo injustificado, para buscar la equidad. El término de la razonabilidad o *unconscionability* no está definido en la ley, pero se explica por la doctrina y la jurisprudencia como todo aquello que contraría los principios de la ética y de la corrección o lealtad en los negocios, es decir, como algo que va contra el decoro, la conveniencia y las buenas maneras del vivir civil. Este término se ha difundido en numerosas leyes, en especial en temas de contratos de adhesión como ocurre con el Uniform Commercial Code (UCC) que entró en vigor en 1952, para controlar por vía judicial las cláusulas que resulten *unconscionability* en la contratación en serie; noción aplicable a todo tipo de contrato así celebrado para poder proteger a la parte adherente.

También se expidió una serie de normas protectoras a favor del consumidor en los contratos de venta con los consumidores, mediante el Uniform Consumer Sales Practices Act, de 1970, el Residential Landlord and Tenant Act, de 1972, en tema de arriendo y el Consumer Credit Protection Code, para contratos de crédito al consumo.

25 Las normas americanas se refieren al criterio de lo *unconscionable*, que suele ser traducido por los diccionarios como "sin conciencia" o "sin escrúpulos". Se trata de un concepto difundido durante la primera mitad del siglo XX en numerosas leyes estadounidenses. Lanzillo R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, 92. Lo irrazionabile suele ser entendido como "lo que no tiene una justificación"; se trata de un criterio que también se aplica en Estados Unidos. Camilo Rodríguez, *Una aproximación a las cláusulas abusivas* (Bogotá: Legis, 2013), 54-55.

En Inglaterra, por su parte, existen normas de protección precisa como el Consumer Credit Protection Act, de 1974, para proteger al consumidor de pagos exorbitantes *extrortionate*. Para la protección contra los contratos por adhesión se aprobó el Unfair Contract Terms Act, de 1977 (UCTA) y la Regulations Act, de 1999, en las que se establecen controles contra las cláusulas abusivas.

De la protección del consumidor o de la parte débil contra las cláusulas restrictivas de responsabilidad del empresario, si estas llegan a ser abusivas, no solo se ha ocupado el sistema estadounidense desde la década del treinta y los europeos desde las décadas del sesenta y del setenta, sino también el Derecho global, lo que se ha intensificado con ocasión de la Directiva UE 13/1993 actualizada con la Directiva UE 83/2011.

Ello se ha reflejado en los sistemas de Civil Law,²⁶ entre los cuales se destacan los casos de Perú y Brasil, con recientes leyes de modernización de sus Códigos de Consumo y en Argentina, con el nuevo Código Civil.

En nuestro país ello sucedería con la reciente ley de consumo de 2011, que incluye una protección especial en tema de cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando llegan a tener un carácter abusivo en contratos no negociados de consumo.

La protección de la parte débil contractual contra las cláusulas abusivas —entre las cuales las restrictivas de responsabilidad suelen aparecer en listados como presuntamente abusivas— mediante un control (test o lista, judicial o administrativo) también ha sido una de las preocupaciones de los sistemas de Derecho de Oriente, pues en los sistemas pertenecientes al islam, pese a las limitantes que el Corán impone, al juez se le ha permitido buscar alguna protección contra ellas. Unos países lo hacen mediante las palabras del profeta y el consenso musulmán para facilitar el ingreso de normas nuevas; otros, en cambio, lo hacen dentro de la *Sharia* o Derecho islámico, compuesto por los principios del Corán y la Sunna o tradición del profeta.

26 La preocupación por buscar alternativas que eviten el abuso de contratantes sobre los otros. Mantener el equilibrio contractual de los contratantes, sin obstaculizar el tráfico masivo de bienes y servicios, es una de las preocupaciones de la doctrina latinoamericana. Carlos Soto, "Las cláusulas generales de la contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos", *Revista Universitas*, núm. 106 (2003): 587 y ss.

También se han ocupado de una protección contra las cláusulas abusivas los sistemas del lejano oriente, como es el caso de Japón, en donde, mediante normas del año 2000, se ha establecido una protección contra las cláusulas abusivas.²⁷

Estas problemáticas tampoco son ajenas al Derecho de la competencia,²⁸ en especial cuando se trata de cláusulas restrictivas de responsabilidad en contratos entre empresarios B2b, donde “B” es un empresario grande o fuerte y en cambio “b” es uno mediano o pequeño.

La situación que constituye a un empresario en pyme se presenta y verifica por la menor capacidad laboral, económica o de producción; en otras palabras, por la asimetría contractual económica o financiera del pyme frente al gran empresario del cual puede depender.

La falta de equilibrio es una fuente potencial de abusos, tema al que resulta muy susceptible el Derecho de Consumo, en especial ante la existencia de los contratos del tipo B2C o “b2C”, donde “B” es un empresarios grande, “b” es un pyme y “C” no es más que un simple consumidor o usuario de servicios, sin importar que sea una persona natural o jurídica, pública o privada. De ahí que se hable de los contratos entre un empresario y sus débiles clientes “B2S”, porque en este último evento podría hablarse incluso de los contratos desequilibrados del tipo B2b-pyme cuando es el empresario fuerte que deja al pyme con la simple capacidad de adherirse a sus condiciones contractuales por lo que su falta de poder

27 Para una profundización, puede verse Jacques Ghestin, dir. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990* (Paris: LGDJ, 1991); José Manuel Gual, “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”, *Revista Iusta*, 30 (2009):15-44, así como la bibliografía allí indicada.

28 Rengifo, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 253 y ss. Las cláusulas de competencia prohibida o de no competencia establecidas en un contrato con respecto a un espacio, territorio, zona determinada o período específico pueden ser abusivas por falta de una contrapartida financiera o por no justificar una protección de intereses industriales o comerciales de las partes, en especial si es injustificada o crea un efecto de dependencia desproporcionado, al punto de restringir de manera excesiva la libertad de la actividad económica en el mercado. Suelen usarse en contratos de agencia comercial, distribución, trabajo y franquicia. Yvan Auguet, “Clauses abusives et droit de la non concurrence: vers droit commun des critères de l’abus de non concurrence”, en *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles*, dirs. Yves Picod, Denis Mazeaud y Elena Lauroba (Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013), 112 y ss.; Mariona Gual, “Clauses abusives de non concurrence”, en *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles* (Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013), 155 y ss.; Marc Gomy, “Les clauses de non-concurrence abusive cachée dans la loi”, en *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles* (Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013), 142 y ss.

para influir en el contenido de aquellas condiciones generales predispuestas por el empresario fuerte propiciaba una cierta dependencia contractual.²⁹

La preocupación por el control a las cláusulas restrictivas de responsabilidad también se ha reflejado en la llamada Soft Law y sus actuales normas modelo, en especial cuando ellas resultan abusivas según el test de control y las listas en ellas dispuestas; en efecto, así se consagra tanto en las versiones de la víspera como en las posteriores al milenio de los códigos tipo. A título ilustrativo y comparado se tiene que:

- Los principios del comercio internacional (PCCI)³⁰ del grupo para unificación del Derecho de Unidroit, con sede en Roma, establecen un régimen de protección para contratos entre empresarios frente a las cláusulas restrictivas de responsabilidad que resulten desleales o sorpresivas (Artículos 7.1.6. y 2.1.20) pactadas de manera estándar (Artículo 2.1.22).
- El Código europeo de contratos (CEC),³¹ elaborado por el grupo de Pavia y dirigido por el profesor italiano Giuseppe Gandolfi, señala en sus Artículos 106, 33 y 30 una protección a favor del acreedor de aquel empresario que pacte cláusulas restrictivas de responsabilidad abusivas en situación de monopolio o que incluso no las establezca de forma escrita.
- Los principios de Derecho europeo de la contratación (PDEC)³² propuestos por el Study Group on a European Civil Code³³, dirigido por el profesor holandés Ole Landó, definen un régimen de protección contra las cláusulas de exoneración que sean contra la buena fe o que resulten abusivas por generar un desequilibrio notable. Ese control no se aplica a las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato o sobre el precio, a condición de que sean claras (Artículos 4:110 y 8:109).

29 Vincenzo Roppo, "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo", *Revista de Derecho Privado*, núm. 20 (2011): 177 y ss.

30 El texto del PCCI, en su última versión integral de 2004, puede verse en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

31 El texto completo del CEC puede verse en www.unizar.es/union_europea/files/Duran%20Sanchez%202007.pdf

32 La versión en castellano de las dos primeras partes de los PDEC sin los comentarios puede verse en www.usal.es/~derinfo/%20Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf

33 Martin Ebers, "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", *Indret*, núm.1 (2012): 23.

- Los principios del Derecho contractual comunitario, llamados Principios Acquis (ACQP) y diseñados por el Acquis Group bajo coordinación del profesor alemán Hans Shulte, protegen a los consumidores de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que llegaran a ser abusivas si, al carecer de negociación ocasionaran un desequilibrio normativo importante y contrarían la buena fe.

Cuando se esté ante un contrato entre profesionales, la cláusula será abusiva en la medida en que esta se aparte de las buenas prácticas comerciales que están ligadas a la buena fe.

Al ya mencionado test de abusividad no se someterán aquellas cláusulas que versan sobre el precio o el objeto principal del contrato, a condición de que se redacten en un lenguaje sencillo e inteligible.

Solo para los contratos con el consumidor, sin negociación individual las cláusulas restrictivas de responsabilidad están incluidas dentro de una lista gris, que las hace presumir abusivas (Artículos 6:301, 6:302, 6:303, 6:304 y 6:305), pero admite prueba en contrario que deberá aportar el empresario.

- En el Draft Common Frame of Reference (DCFR),³⁴ desarrollado por los grupos Acquis y Study —fuente de inspiración de varias sentencias del tribunal de justicia de la comunidad europea TJCE—,³⁵ a diferencia de los Principios Acquis, en los contratos de consumo B2C extiende el control de abusividad a las cláusulas que no hayan sido negociadas; ello se justifica porque llevar al consumidor a probar la falta de negociación sería una carga probatoria difícil y porque no es claro ni unánime en los Estados cuándo existe o no negociación.³⁶

34 El texto del DCFR en su versión en inglés puede verse en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

35 Martin Ebers, Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega, *Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados miembros* (Bogotá: Universidad Libre, 2012), 23.

36 Tanto en los Principios Acquis como en el Draft, la carga de la prueba de que una cláusula ha sido negociada está a cargo del predisponente. Maria Rosaria Maugeri, "Clausole non oggetto di trattativa individuale: l'ambito di applicazione del sesto capitolo dei Principi Acquis", en *I "principi" del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, dir. Giovanni de Cristofaro (Turín: Giappichelli, 2009), 445.

En este modelo de reglas, se consagra una protección general para la parte débil contractual, en el Libro II de los contratos y otros actos, con tres regímenes:

El primero para contratos negociados o no entre empresarios y consumidores B2C. Serán abusivas las cláusulas que generen al consumidor desventajas significativas contrarias a la buena fe y a un trato justo (Artículo 9:403).

El segundo para los contratos B2b-pyme. Una cláusula será abusiva si, establecida de manera estándar, contraría las buenas prácticas comerciales y manifiesta un trato que sea justo o de buena fe (Artículo 9:406).

El tercero para contratos entre consumidores C2C. Si uno de ellos ha establecido una cláusula de manera estándar y genera una desventaja significativa contra la buena fe y el trato justo (Artículo 9:404).

Finalmente para los contratos B2C trae un listado de cláusulas presuntamente abusivas entre las que están las restrictivas de responsabilidad (Artículo 9:410).

- El más reciente proyecto de reglamento comunitario se refiere a una normativa común para la compraventa europea (CESL).³⁷ En él se brinda una protección contra las cláusulas abusivas a cualquier comprador débil, sea en contratos B2C o B2b-pyme, es decir, ante un contrato de venta o servicios en el que no se distingue entre civil o mercantil; en negocios de compra o servicios en los que solo hay consumidores y empresarios, en contratos B2b si el adquirente es un pyme o un B2C cuando se está ante un contrato entre un empresario y un consumidor adquirente.³⁸

El Artículo 83 del CESL establece un régimen general para los contratos B2C y consagra que se entenderán como abusivas aquellas cláusulas no negociadas que, contra la buena fe, generen un desequilibrio normativo significativo contra el consumidor. Con un régimen especial, incluye algunas cláusulas restrictivas como abusivas dentro de una lista negra que

37 El texto del CESL en castellano puede verse en www.upo.es/investiga/.../Propuesta_de_Reglamento_Compraventa.pdf

38 Para una profundización, puede verse Eduardo Valpuesta, "La propuesta de normativa común de compraventa Europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, núm. 1 (marzo 2013): 199-216.

no admite prueba en contrario. Dentro de esa lista están las cláusulas restrictivas de responsabilidad por daño a la persona y las que restringen la responsabilidad derivada de una culpa grave del deudor (Artículo 84). Consagra también un listado de tipo gris que admite prueba en contra, en el que se incluyen varias de las cláusulas restrictivas de responsabilidad indirectas (Artículo 85).

Con respecto a los contratos entre comerciantes B2b, el CESL establece un régimen general específico en el que se considera abusiva la cláusula no negociada, cuya aplicación contra la buena fe contractual la aparte de las buenas prácticas comerciales (Artículo 86).

Se establece que para la aplicación del test de abusividad se tendrá en cuenta: solo en contratos B2C si el comerciante actuó con transparencia, con lenguaje sencillo y comprensible (Artículo 82). En ambos tipos de contratos trátase de un B2C o del tipo B2b-pyme, en común se deberá considerar la naturaleza de lo que se proporciona por el contrato; las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; el resto de las cláusulas contractuales y las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa (numeral 2, Artículo 83 y numeral 2, Artículo 86).

En Colombia, cuando el gran, mediano o pequeño empresario establece cláusulas restrictivas de responsabilidad en un contrato de consumo del tipo Business to Consumer (B2C), en el que con independencia del cliente consumidor que tenga como contraparte una persona natural o jurídica pyme, siempre en presencia de un contrato de consumo o en un contrato mercantil del tipo B2b-pyme Business to business —como sería un *leasing*, una franquicia o una distribución de productos y hasta en contratos como los de la Bolsa—, el empresario más poderoso, desde el punto de vista contractual, es el predisponente contractual y, por la posición asimétrica contractual en la que se encuentra, podría depender del poder económico o de conocimientos e incluso en donde ambos caracteres asimétricos podrían coincidir,³⁹ encontrará que la contraparte no tiene el poder de incidir sobre el contenido del contrato o negocio.

A manera de ejemplo, piénsese en un contrato de distribución en cuyo texto aparezcan cláusulas muy gravosas para la contraparte que se adhiere con tal de

39 Roppo, "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos" 177 y ss.; Jorge Santos, *Instituciones de responsabilidad civil* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996), 157 y ss.

tener la distribución de sus productos en los estantes de una gran superficie. Se exonera de intereses por los pagos tardíos que han sido pactados a cobrarse cada noventa días, factura vencida, y además asume contra ella cláusulas penales aplicables en caso de cualquier evento de su propio incumplimiento o en el caso en el que el pyme se somete a un régimen desequilibrado que impone al titular de una franquicia con cláusulas de limitación de responsabilidad y asume hasta las promociones del producto a su propio costo.

La asimetría contractual facilita que se utilicen cláusulas restrictivas, sea en una relación contractual del tipo B2C o B2b-pyme, porque podría haber desequilibrios normativos excesivos, al trasladar los riesgos que sin ellas corresponderían al deudor (empresario grande), ahora en cabeza del acreedor (consumidor no profesional o empresario pyme), quien, en principio no tenía que soportarlos y que las ha aceptado por ser la parte débil.⁴⁰

Si bien la idea de reequilibrar el contrato de consumo B2C es clara desde la década del sesenta, también ha sido una inquietud la idea de restablecer el equilibrio de alguna manera por vía judicial en los contratos entre empresarios en situación de asimetría B2b-pyme. Ello se había presentado como interrogante desde que las normas de protección contra las cláusulas abusivas surgieron en Alemania en la década del setenta, al punto de que reglamentaciones recientes también ampliarían su protección a las pyme en Inglaterra, Alemania, Portugal, Holanda, Suiza, Quebec⁴¹ y en Francia, país en donde los contratos celebrados desde el año 2008 protegerían al empresario en situación de asimetría, con las leyes de modernización de la economía que reformaron el Código de Comercio el 4 de octubre de 2008 y agregaron el Artículo L-442-6.⁴² En Italia, esto sucedió con la ley para los contratos de subsuministro para ese tipo específico de contrato.

40 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 62 y ss.

41 Para una profundización sobre el régimen protector de empresarios contra las cláusulas abusivas, puede verse Klaus Albiez, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales* (Madrid: Civitas, 2009), 19-60.

42 Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 472.

En el Derecho interno, la preocupación solo ha sido jurisprudencial⁴³ y con alguna referencia en la doctrina,⁴⁴ pues desde inicios del nuevo milenio, la Corte Suprema ha procurado controlar aquellas cláusulas contractuales entre empresarios que lleguen a ser abusivas⁴⁵ y también ha considerado alguna cláusula restrictiva de responsabilidad indirecta como la que reduce los términos de caducidad, al aplicar incluso a las limitativas irrisorias los límites de validez que el orden público establece a la autonomía de la voluntad contractual.

En el ámbito estatal, se han declarado ineficaces algunas cláusulas restrictivas de la responsabilidad de la Administración en un contrato estatal para la construcción de una carretera.⁴⁶

Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad extracontractual

El hecho de que las cláusulas restrictivas formen parte del contenido de un contrato específico no es obstáculo para que aparezcan como un negocio jurídico autónomo, para evadir ciertas responsabilidades aquilianas en las que, sin que haya contrato, se puedan pactar para evadir o disminuir ciertos riesgos o ciertas responsabilidades⁴⁷ por ciertos riesgos o hechos dañinos, como cuando se pactan

43 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*, Exp. 5670; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 24 de febrero de 2015*, Exp. SC1806-2015.

44 Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 157 y ss.

45 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*, Exp. 5670; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 14 de diciembre de 2011*, Exp. 2001-01489; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 4 de julio de 2013*, Exp. 1700131030032008-00216-01. Estas Sentencias, que marcan con claridad un control a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores incluso antes de la Ley 1480 de 2011 que, como es de recordar, su vigencia inició en abril de 2012, dejan ver que también a favor del equilibrio y de la justicia contractual se debe ejercer un control sobre la abusividad contractual, aun en contratos celebrados entre empresarios. En todo caso, cabe tener en cuenta que la primera sentencia que daría las bases de un control contra las cláusulas abusivas fue la pronunciada por la Casación Civil el 19 de octubre de 1994 que, aunque solo se basó en la noción de abuso del Derecho, marcaría ese primer paso en un par de sentencias posteriores —una del 29 de enero de 1998 y otra del 27 de marzo de 1998—. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 19 octubre de 1994*, Exp. 3972; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 29 de enero de 1998*, Exp. 4894; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de marzo de 1998*, Exp. 4798.

Así se consolidaría en 2001 lo que hoy se conoce como el control sobre las cláusulas abusivas. Para un comentario sobre esas primeras sentencias se remite a Suescún, *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, 217-227; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 24 de febrero de 2015*, Exp. SC1806-2015.

46 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 8 de septiembre de 2011*, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-0.

47 Ceccherini, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, 232 y ss.

para no responder por los daños que los animales de diferentes propietarios que pastan solos y en terrenos vecinos se puedan causar entre sí, al mismo terreno o a aquellos bienes ubicados dentro de las tierras o ante los riesgos que una actividad de explotación de subsuelos puede causar por daños al suelo. Con una cláusula de irresponsabilidad aquiliana se pretende limitar o exonerar a quien tiene el subsuelo en concesión por los daños que la actividad de extracción o explotación de una mina pueda causar al propietario de los suelos sobre una finca agrícola que está ubicada en el suelo de presentarse un hundimiento de tierras o, para evitar los daños a la superficie, se prohíben las acciones personales por el daño ambiental que se cause al paisaje, al aire o por contaminación y pérdida de aguas incluidas las subterráneas y sobre lo que hay en el suelo como ganados, cultivos, bienes inmuebles y muebles, por el hecho de que quien explota una mina argumenta que para ello hay un pago elevado de regalías por explotación de productos semanales del subsuelo o porque existe un alto canon de alquiler, el cual es muy superior al que normalmente se pagaría.

Lo cierto es que las cláusulas restrictivas han tenido poco uso, pero ello no significa que sea imposible pactarlas o que esa responsabilidad sea en su totalidad de orden público. Quizás en tema de responsabilidad del productor, la tendencia es a prohibirlas, porque hay norma expresa que lo hace, pero en los demás temas extracontractuales no es un argumento suficiente decir que toda la responsabilidad es de orden público.⁴⁸ Los fallos al respecto en Colombia son casi inexistentes, a diferencia de Francia e Italia, en donde hay unos pocos y sin desconocer su existencia las han controlado al aplicarles los mismos límites que se aplican en materia contractual. En los tres países, la doctrina mayoritaria es favorable a que se pacten y se controlen como se haría con una contractual.⁴⁹

48 Giulio Ponzanelli, "Le clausole di esonero dalla responsabilità", *Danno e Responsabilità* (1998): 852; Giulio Ponzanelli, "Le clausole di esonero dalla responsabilità", en *La responsabilità civile*, dir. Paolo Cendon (Turín: UTET, 1998), 369; Giulio Ponzanelli, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile* (Milán: Guiffre, 1984) 104-107, 214-219; Grazia Ceccherini, "La disciplina convenzionale e i limiti alla responsabilità", en *Trattato della responsabilità contrattuale*, dir. Giovanna Visintini (Padua: Cedam, 2009), 519 y ss.; Luciana Cabella Pisu y Giovanna Visintini, "L'inadempimento delle obbligazioni", en *Trattato di diritto privato*. 2a ed., dir. Pietro Rescigno (Turín: UTET, 1999), 290. Lucia Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile* (Padua: Cedam, 2000), 114-119; Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer, *Droit Civil, Les obligations. 2 contrat* (Paris: Litec, 1998), 544. Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 443, 504 y ss.; Boris Starck, "Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité", *D, chron* (1974): 159 y ss.

49 Abdulio Velázquez, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2009), 62. Sobre el debate en las teorías francesas, puede verse Hernán Velázquez, *Estudio sobre obligaciones* (Bogotá: Temis, 2010), 755 y ss.;

Sección 3. Beneficios frente a riesgos y el dilema empresarial

Son grandes los beneficios para la eficiencia económica de las empresas tanto públicas como privadas que se logran con el establecimiento contractual válido de las cláusulas de no responsabilidad, porque su uso incrementa:

- a. El desarrollo de la competitividad en términos de eficiencia económica de las empresas, pues se logra que, ante el incumplimiento del deudor (empresa prestadora de servicios), este no responda a su acreedor (usuario de servicios) y, si se hace, que sea de manera limitada. Así se podrá pagar el daño dentro de un porcentaje del quantum indemnizable y, en el peor de los casos, solo se pagaría sin sobrepasar el porcentaje pactado como cifra preestablecida a manera de quantum indemnizable, que funcionaría como tope indemnizatorio e incluso también se podría llegar a un resultado similar si se pactara una limitación al ejercicio de las acciones que dificulte su utilización o mediante la exclusión o renuncia a algunas de las acciones a las que el acreedor tendría derecho, como sería la de compensación de deudas o resolución por incumplimiento esencial. También podría serlo mediante un pacto por el cual se determine la modalidad como se repararían los daños, a fin de que no exista posibilidad alguna de devolución de dineros por incumplimiento, sino que solo se pueda solicitar cambio de mercancías, reparación o entrega de bonos al portador, redimibles en el mismo sitio de compra dentro de un período; desde el ámbito económico, esto resulta muy eficiente, pero no desde el punto de vista jurídico. En síntesis, el gran beneficio de las cláusulas de irresponsabilidad es que los dineros que el consumidor ha gastado en los productos o servicios empresariales no retornen al consumidor esto con independencia que este último sea una persona natural o una pyme.
- b. El crecimiento del sector financiero, en especial por medio del mercado de los seguros, puesto que al saber toda empresa cuáles son sus riesgos contractuales y pactar un seguro sobre ellos, lo delega en el pago de un seguro a costo del usuario de los servicios, incluso aunque lo asumiera como empresa.

Con todo, el costo del mismo seguro se externalizaría en el monto económico del valor del servicio prestado, por ejemplo, un flete podría incluir el valor de una póliza todo riesgo hasta el monto de la posible responsabilidad del deudor sobre el costo del bien transportado, según el tipo de bien asegurado, costos (flete y valor del seguro sobre la mercancía por pérdida) pagaderos en cabeza del usuario y con cargo al usuario, lo que deja la opción de no contratar un seguro adicional y, en ese caso, el transportador quedaría cubierto solo por el seguro del transportador, que se presume sería el valor mínimo declarado e ínfimo que cubre el seguro y que no deberá superar un determinado valor. De todas formas, el costo es cargado al consumidor, bajo la idea de que, si no contrata un seguro mínimo, no le transportan; esto, más que una cláusula, sería una práctica abusiva, pues no cumple los requisitos de existencia de una cláusula de irresponsabilidad y no cumple los requisitos de existencia de los negocios.

Las cláusulas de irresponsabilidad también implican un cierto e incómodo riesgo de eficiencia jurídica, que alude a mantener unos contratos equitativos que a veces no son los más eficientes desde el punto de vista económico, por los costos que se generan; lo ideal sería que lo que es eficiente desde el punto de vista jurídico también lo sea desde el punto de vista económico.⁵⁰

Tal eficiencia jurídica suele no ocurrir, dada la falta de paridad entre las partes y más cuando el contrato se celebra mediante adhesión a unas condiciones contractuales preestablecidas por una de las partes de manera estándar, con el uso de formato o formularios aplicables a todas las relaciones contractuales similares; el poder de negociación de esas condiciones o sobre del clausulado de la parte débil o adherente es prácticamente nulo, como consecuencia de la existencia de una asimetría contractual generada por una situación de desequilibrio.

El debate sigue abierto frente al dilema de la protección empresarial y de consumidores frente a las listas, pues aún no hay una posición unánime sobre cuál debería ser el control a ejercer sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad que sean abusivas en los contratos entre empresarios B2b. Lo cierto es que necesitan alguna protección contra las cláusulas de irresponsabilidad, pues desde la década del treinta hasta la actualidad, la preocupación global gira en torno a que en los contratos entre empresarios y consumidores B2C también debe haber un

50 Francesco Camilletti, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale* (Milán: Giuffrè, 2004), 59 y ss.

control de equilibrio. Resulta apenas obvio que los contratos entre empresarios fuertes “B2B” o similares b2b e incluso aquellos entre iguales partes débiles o simples consumidores C2C no requerían mayor protección, ya que se supone que son contratos equilibrados, en donde ambas partes tendrían un poder de negociación que podría influir de manera similar sobre los contenidos del mismo negocio bastante simétrico.

Desde la década del setenta también surgía la inquietud de si los empresarios débiles tipo b-pyme también debían tener protección contra las cláusulas que resultaran abusivas en sus contratos profesionales con otros más fuertes del tipo gran empresario “B” y aunque la tendencia es que parecería contestarse de manera afirmativa, el interrogante que aún no se resuelve es qué tipo de protección se daría y bajo qué test.

El CESL parece ser el texto uniforme que plantea las soluciones más cercanas y apunta a una posible armonización de las listas de cláusulas abusivas, en las que se encontrarían las restrictivas de responsabilidad y el test a aplicar.

En la actualidad, son muchos los contratos en los que estas cláusulas restrictivas suelen utilizarse, en especial en contratos financieros como los que implican depósito, prestación de servicios de salud, edición, educativos, transportes de mercancías o personas por vía marítima, fluvial, terrestre de carreteras o férreo y aéreo; distribución, contratación estatal y privada de obras de infraestructura, servicios postales, suministros de energía eléctrica y gas, telecomunicaciones —Internet, telefonía y televisión— arrendamientos, seguros, trabajo, distribución, servicios fotográficos, venta, parqueadero, lavandería, hospedaje, servicios deportivos, recreación, contratación inmobiliaria⁵¹ y hasta profesiones liberales, con independencia de que se trate o no de contratos de consumo o entre empresarios, en todo caso, en situación de desequilibrio o falta de simetría o paridad contractual.⁵²

51 Piénsese en el evento de las cláusulas que regulan el plazo de entrega de los inmuebles a fin de que la constructora no pague algún tipo de indemnización o se eliminen las acciones del acreedor en caso de incumplimiento en la entrega del inmueble en la fecha programada. Asimismo, en las cláusulas que reducen los plazos de las garantías del constructor. María del Carmen Luque, “La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. Ana Cañizares (Madrid: Tecnos, 2006), 146; Bruno Rodríguez, “Cláusulas de reducción de plazos de garantía y de ejercicio de derechos”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. Ana Cañizares (Madrid: Tecnos, 2006), 288 y ss.

52 Para una ilustración de las cláusulas en los tipos de contratos se remite a Cécile Delforge et al., *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels* (Lieja: Anthemis, 2013). Con acceso a algunos modelos de esas cláusulas, puede verse Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 707 y ss.

No quedan dudas de que el uso de las cláusulas de exoneración y limitación en los negocios de consumo o entre empresarios es constante y que una identificación de los parámetros que servirían para ejercer sobre ellas un test de un control —al punto de incluirlas dentro de los listados de cláusulas abusivas, en unos casos grises y en otros negros— es una preocupación de carácter evolutivo que está a la espera de lo que se defina con el CESL.

Al parecer, como lo expresa el CESL, los débiles tendrían protección en la medida en que las cláusulas que se someterían al test de abusividad serían las que carecieron de negociación individual, porque al menos les han sido informadas o las han debido conocer de manera razonable. Cabe recordar que, aunque así se acoge en la Directiva UE 13/93 y en los Acquis, no se llegó a la misma posición en el DRAFT por falta de acuerdo en la Comisión, pese a que en once de los Estados miembros de la UE se controlan las cláusulas negociadas. El temor es que con la entrada en vigor del CESL, como un instrumento de armonización, esa mayor protección de esos once Estados se vea afectada en una reducción al control de las cláusulas abusivas con débiles.⁵³

Otra alarmante inquietud surge con motivo de que en la contratación internacional se debe buscar una protección de los consumidores, incluso si son ellos los que actúan como consumidores en otros países. A esta situación el CESL trata de responder que sería aplicable a todo consumidor en cualquiera de los países de la Unión, pero el problema será el de mantener como domicilio el del consumidor.

El tema del domicilio del consumidor da lugar a otra polémica, que surge cuando el consumidor compra en otro país. ¿Qué pasaría si la ley de su país de origen es más beneficiosa que la de aquel en donde compro o viceversa? ¿Qué ley sería aplicable? Parece que debería ser la más favorable.

Para dar solución a estas situaciones problemáticas surge la necesidad de una armonización internacional, lo que aumenta la preocupación frente al uso de las tecnologías informáticas, ya que las relaciones de consumo son celebradas con un empresario ubicado en un territorio distinto.⁵⁴

53 Ebers, "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", 16-22.

54 María Elisa Camacho, "Modelos legislativos en materia de consumo en el Derecho comparado", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dir. Carmen Valderrama. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013) 44 y ss.

Algunos países como Japón, Suiza, los de la Unión Europea y China tratan de dar solución al problema en sus legislaciones internas.⁵⁵

Lo que parecería un punto preocupante y crítico para nuestro sistema interno es que en Colombia, con la Ley 1480 de 2011, todas las cláusulas restrictivas en contratos de consumo son abusivas. Lo que debió establecerse fue una selección de ellas en lista negra y otras en lista gris, según la importancia del bien jurídico protegido, como la vida, la salud o la integridad psicofísica de las personas; ello no se incluyó y tal vez podría aplicarse como un ejemplo dentro de las enunciadas en el Artículo 43. La gran mayoría debió colocarse en un listado gris, como ya se había hecho en 1994 con la Ley de Servicios Públicos; basta observar para ello las nuevas tendencias del CESL o las mismas críticas mencionadas al Derecho francés.

Se creería que, en pro de un verdadero equilibrio, la ley de consumo debería revisarse con respecto a las listas y unificar en todas las demás normas una tendencia única o derogar esas normas para que solo se aplique la ley de consumo con listas negra y gris; lo demás podría poner en riesgo la competitividad de las empresas.

Con independencia de que quien se adhiera sea un comerciante o un consumidor, las nuevas tendencias de las cláusulas abusivas buscan proteger a la parte débil, de las cláusulas de irresponsabilidad que generen un desequilibrio normativo excesivo, contrario a la buena fe.⁵⁶

De manera análoga, se pregunta si se debe proteger a las partes contra las cláusulas desequilibrantes solo en contratos negociados o no y considerar si ese debe ser un factor indiferente. Los códigos tipo dejan ese gran interrogante: saber qué preferir entre una de esas dos posiciones. Creería, debe ser un tema indiferente, mientras nuestro sistema de la Ley 1480 de 2011 lo aplica solo a contratos por adhesión.

55 El sistema latinoamericano aún no ha tomado una posición unificada sobre el asunto, pero se observan unos primeros pasos en Brasil y Argentina. Acerca de las problemáticas en torno a los modelos de una posible regulación, se remite a Claudia Lima y María Delalove, "La regulación de los contratos internacionales de consumo en América", en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dir. José Gual y Juan Villalba (Bogotá: Ibáñez, 2013), 635 y ss.

56 Albiez, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, 25-63.

FUNDAMENTOS DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

2

Sección 1. Cláusulas restrictivas de responsabilidad, dicotomía entre dos principios contractuales

Sección 2. Validez de principio de las cláusulas restrictivas

Sección 3. Condiciones de existencia y límites generales de eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Lograr un punto de equilibrio entre las reparaciones abultadas de los daños y un pacto por el cual, en ejercicio de la autonomía privada, se pueda evitar de manera anticipada el pago de perjuicios y así mantener una eficacia económica y jurídica en las relaciones contractuales, es el reto que, desde la era moderna y durante su evolución, aún enfrenta el actual Derecho contractual.

Un Derecho contractual fundado en principios liberales y sociales que, ante la necesidad de una celeridad negocial que le permitiera ser eficiente desde el punto de vista económico, recurre a unos modelos de contratación para regular relaciones negociales parece no ser jurídicamente eficiente si, con esa forma de contratar, surgen abusos contractuales reflejados en los desequilibrios del mismo contrato con efectos en la responsabilidad.

En los últimos cien años se ha luchado para que la víctima sea resarcida y que se reparen los daños. Este gran logro de la responsabilidad en el proceso

evolutivo del último siglo ha coexistido con la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad y ha sido así también en Colombia.

En nuestro sistema, desde la década del treinta, se reconoce la validez de las cláusulas de irresponsabilidad, luego de que la jurisprudencia hiciera un estudio de su posible validez con base en las ideas del sistema francés. Desde 1936, una sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema decidió que es válida la cláusula que exonera de responsabilidad a una entidad bancaria frente al mal manejo de una chequera por parte del cliente que, con grave negligencia, dejó que un dependiente suyo hiciera uso indebido de sus cheques, al punto de que unos dineros del titular de la chequera, pese a la custodia que de ellos tenía el banco, salieron de los fondos de la cuenta del cliente. Se exoneró así al banco de la culpa grave del titular de la chequera por la pérdida de unos fondos depositados en la cuenta que custodia el banco. Esa misma idea es la que reafirmó la Casación Civil en un fallo de 1938, cuando un cliente titular de una cuenta giró unos cheques y dejó, con culpa grave, unos espacios en blanco que permitieron la alteración de esos títulos valores por un tercero. La Corte acogió una vez más la exoneración de la responsabilidad del banco con base en una cláusula restrictiva de responsabilidad por las que esta se exonera de la culpa grave del cliente y, al ser así catalogada por el fallo de 1938 esa conducta del usuario titular de chequera, la cláusula se consideró válida. En el fallo en mención se exoneró al banco de la restitución de los dineros. En la sección 1 se expondrán los principios contractuales a partir de los cuales se podría entender que las partes pueden pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad con validez.

Ahora, mantener tanto la eficacia jurídica como económica del negocio mediante el empleo de las cláusulas restrictivas (exonerativas o limitativas) de responsabilidad no es fácil.

Es cierto que las empresas deben ser competitivas pero sin perjudicar a los consumidores o usuarios de sus productos por medio de cláusulas ilícitas. Es preciso que respeten la normativa aplicable al contrato, de manera que esas disposiciones no sean opuestas al orden público, porque al final generan tal desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que, por contrariar la buena fe, terminan por ser ineficaces.

Asimismo, los empresarios deben desarrollar unas prácticas que faciliten el mercado sin perjuicio de sus clientes, quienes, además de los usuarios, también lo son otros empresarios que no obstante son menos fuertes, como los pequeños y medianos empresarios pyme; estos últimos podrían verse afectados por cláusulas restrictivas de responsabilidad que atenten contra la libre competencia. Identificar cuál es el régimen positivo general aplicable a las cláusulas restrictivas en cada contrato de carácter civil, mercantil, estatal y de consumo, así como en los negocios especiales civiles y comerciales, será la finalidad de la sección 2 de este capítulo.

Mantener la eficacia jurídica de las cláusulas restrictivas de responsabilidad como negocio jurídico autónomo es uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Derecho posmoderno de los contratos, cuando las normas intensifican sus controles, mediante políticas intervencionistas y de protección de débiles, al punto de llegar a presumir su abusividad. Un acercamiento a los límites de validez general se hace necesario para ilustrar, en la sección 3, cómo se controlaría la validez o eficacia de las mismas.

Sección 1. Cláusulas restrictivas de responsabilidad, dicotomía entre dos principios contractuales

La reparación integral del daño aparece en el Derecho positivo como un principio de la responsabilidad (Artículo 16, Ley 446 de 1998). Por su parte, el principio de la autonomía de la voluntad ha sido reconocido como el poder de autodeterminación contractual, el cual suele identificarse con la libertad contractual⁵⁷ y que se asume como el principio base de la contratación.⁵⁸

Esa libertad contractual permitirá a los contratantes escoger las partes, el contenido, el tipo y la forma de negocio, así como disciplinar la responsabilidad.⁵⁹ Se trata del poder que el Derecho de obligaciones da a las partes para satisfacer su interés mediante la celebración de contratos; sin embargo, tampoco es absoluto y

57 Willian Namen, "Autonomía privada", en *Responsabilidad civil y negocio jurídico*, dir. Alvaro Echeverri (Bogotá: Ibáñez 2011), 41-54.

58 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido la libertad contractual como principio básico de la contratación. En Sentencia de 5 de octubre de 1999, Asunto C-240/97, España c/Comisión, considerando 99.

59 Olivier Soro, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual" (Tesis de Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2007), 100 y ss.

está sometido a unos límites representados por el orden público y, dentro de este, las normas imperativas y las buenas costumbres. Además, existen unos límites intrínsecos que, sin poner en crisis la libertad contractual,⁶⁰ buscan la equidad, a fin de que sigan siendo manifestaciones conformes a la buena fe y evitar abusos; en otras palabras, para que los contratos sigan siendo equilibrados, lo que es favorable a la voluntad misma, en la medida en que favorecen el ejercicio de los derechos de las partes y evitan la intromisión de factores externos en las relaciones del negocio.⁶¹

Antes de la ocurrencia del daño o perjuicio les será posible a las partes pactar cláusulas por las que se atenúe, aligere, limite, excluya, suprima o exima de responsabilidad en la que el futuro deudor podría incurrir, por cuanto el principio de la reparación integral tampoco es absoluto, como lo han sostenido la jurisprudencia⁶² y la doctrina.⁶³

Este principio admite excepciones:

- Las mismas leyes establecen que el régimen de la responsabilidad y en especial el contractual pueden modificarse por un acto de disposición de las partes, si así lo consideran, como una manifestación de la libertad contractual o por leyes especiales (inciso 4 del Artículo 1604 del Código Civil). Esta situación de excepción se presenta con las leyes de protección de débiles, que no permiten a las partes disminuir el mínimo de

60 La Corte Suprema ha dado plena validez al contrato de adhesión y los ha llamado así cuando uno de los contratantes se limita a adherirse a las condiciones impuestas por el otro. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 diciembre de 1970*.

61 María Lacayo, *Condiciones generales de la contratación. Una perspectiva desde la buena fe en el control de incorporación* (Bogotá: Ibáñez, 2015), 44 y ss.

62 Aunque en caso de incumplimiento se deberá la indemnización correspondiente por daño emergente y lucro cesante, esta regla admite excepciones, como las limitaciones legales de responsabilidad y el libre acuerdo entre las partes. Puede verse Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 1 abril de 2003*, Exp. 6499. De manera implícita, la Corte Constitucional ha considerado que el principio de la reparación integral no es absoluto y su carácter es legal, mas no constitucional y será el legislador el que establezca la forma de hacer la reparación. Corte Constitucional, *Sentencia C- 916 de 29 de octubre de 2002*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. 4020.

63 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 91; Ocaris Usuaga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual* (Bogotá: Señal Editora, 1992), 44; José Luis Benavides, *El contrato estatal entre el Derecho público y el Derecho privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 457-458.

responsabilidad que en ellas se establece o, si lo permitieran, deberán ser estipulaciones equilibradas y de acuerdo con la buena fe.

- Respecto a los daños reparables, existe una limitante a la reparación integral, porque en principio solo se responde por daños previsibles al momento de contratar y tan solo si el incumplimiento del deudor o de sus dependientes es con culpa grave o dolo (Artículo 63, Código Civil); en ese caso, se reparará hasta el imprevisible (Artículo 1616, Código Civil).
- Los daños inmateriales son cuantificados en cifras tan bajas, que existen topes legales, cuando derivan de ilícitos penales.

En la práctica, la misma jurisprudencia hace extensibles estos topes a los daños inmateriales ocasionados en contratos civiles y aquellos de la Administración cuando podrían aplicarse a manera de guía.

A esta situación se suma el hecho de que la jurisprudencia de la Casación de la Sala Civil y de la Sección Tercera del Consejo de Estado no aceptan de manera unánime toda la tipología de daños inmateriales de carácter físico y psíquico que sufren las personas en su cuerpo o en su salud e integridad psicofísica; no obstante, también se reconocen los que derivan de la violación de algún derecho fundamental.

En los últimos códigos armonizados, en especial la Convención de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo internacional de pasajeros y equipajes (Artículos 17, 18, 21, 22 y 47)⁶⁴ y la Convención de Rotterdam de 2008 sobre transporte marítimo de mercancías (Artículos 59 a 61)⁶⁵ existen límites o topes legales a la reparación. Esto suele llamarse *plafond* legal indemnizatorio.

Un *plafond* funciona así: para que el daño sea pagado, la víctima deberá probar su cuantía, a fin de que se proceda a pagar dentro del tope legal que estableció la ley. Así, si la entidad del perjuicio es superior a la cifra establecida en la ley, solo se pagará hasta ese tope legal, sin que la víctima o un tercero tengan derecho a una cifra que sobrepase el techo indemnizatorio, salvo que el incumplimiento en cualquiera en las normativas que establece topes o techos a la reparación se

64 El texto de la convención de Montreal puede verse en <http://www.avianca.com/es/Documents/Equipaje/Convenio-de-Montreal.pdf>

65 El texto vigente de la Convención de Rotterdam puede verse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/Rotterdam_Rules/Rotterdam-Rules-S.pdf

cause con dolo o culpa grave, pues es una regla de Derecho que, en esos eventos, no hay límite que aplique por la forma grotesca como se causa el daño.⁶⁶

Los *plafonds* son cifras mínimas de reparación que se pueden elevar, mas no disminuir o eliminar; sin embargo, lo bueno de que existan es que el mismo transportador se puede cubrir en la responsabilidad de manera alternativa con seguros, lo cual permite a la víctima ser resarcida por un tercero pagador en caso de incumplimiento, pero en ese caso, podría pensarse en una cláusula de traslado de la reparación que en la legislación de consumo en Colombia está proscrita, porque se considera abusiva. Esta posición no se comparte, por cuanto atenta contra el principio de resarcimiento de daños como avance de la responsabilidad civil en los últimos cien años, según la cual lo importante es reparar y compensar los daños. Por ejemplo, en caso de iliquidez del causante del daño, lo mejor sería que un seguro o un tercero lo pagaran, si esto fuera posible en Colombia —como en Italia o Francia—. La solución estaría presente, en materia procesal: se demandaría al acreedor y se llamaría en garantía a la aseguradora o al tercero, que, en últimas, pagará.

Cabe resaltar que en la Convención de Montreal de 1999 se estableció un sistema mixto de responsabilidad, en el sentido de que será objetiva y, en caso de no obtener el resultado contratado —que el pasajero llegue sano y salvo a destino— se pagará de manera automática la cifra establecida por ley como techo *plafond* (100.000 DEG, donde un DEG equivale a un euro), de modo objetivo y sin que la víctima deba demostrar el daño. Si la víctima cree que su daño es superior, escogerá el régimen subjetivo y deberá probar la cuantía del daño, así como los demás elementos de la responsabilidad.

66 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 188-197. Para una profundización sobre el régimen de protección del pasajero en transporte marítimo y aéreo, puede verse José Manuel Gual, "La protección del pasajero en el contrato de transporte aéreo y marítimo internacional de personas". José Manuel Gual, "La protección del pasajero en el contrato de transporte aéreo y marítimo internacional de personas", en *Estudios de Derecho civil obligaciones y contratos*. Tomo IV (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 143 y ss.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

El ordenamiento colombiano también ha establecido algunos topes, techos o límites legales (*plafonds*) sobre el monto del resarcimiento,⁶⁷ así, por ejemplo, en temas de transporte,⁶⁸ se observan en:

- Transporte aéreo de pasajeros, con respecto a su equipaje de mano y a su equipaje registrado: incisos. 2 y 3 del Artículo 1887; inciso 2, Artículo 1886 y Artículo 1881 del Código de Comercio.
- Transporte postal: Artículo 1889 del Código de Comercio.
- Transporte de cosas: Artículo 1031 del Código de Comercio.
- Transporte marítimo de personas: Artículo 1596 del Código de Comercio.

Esos topes no serán aplicables cuando el incumplimiento derive de una conducta dolosa o gravemente culposa y este parece ser el sentido que se debe aplicar también en Colombia.

- En el contrato las partes pueden pactar cláusulas penales simples, por las cuales acuerdan una cifra que cubra alguno o todos los tipos de incumplimiento y los daños por mora.⁶⁹ Si surge el daño, la víctima no podrá pedir otra cifra adicional con carácter indemnizatorio, cuando esta escogió como alternativa a la acción de daños la reparación pactada en la cláusula penal. La ventaja de este pacto radica en que como la penal se ha establecido como una tasación anticipada de la indemnización de eventuales daños, se pagará de inmediato y sin que se requiera probar la entidad o la cuantía del daño. Además no importa que sea superior o inferior a los perjuicios sufridos, pues funcionan como una cifra fija o *forfait* de la reparación; en todo caso, si es lesiva, el juez podrá proceder a su revisión

67 Los límites indemnizatorios que establece la ley como techos para la reparación en materia de transporte tienen como finalidad liquidar con rapidez los conflictos derivados de la responsabilidad del transportador. Estos han sido definidos según el peso y valor de la carga, los valores del flete y patrones de salario mínimo o gramos oro por kilo transportado. Es lo que la Corte Suprema de Justicia ha llamado también exoneraciones legales de responsabilidad. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 12 junio de 1990*.

68 Los límites legales a la reparación se aplicarán como tope indemnizatorio cuando las partes han guardado silencio sobre ellos. Alguna parte de la doctrina considera que no hay forma para que haya una indemnización superior a la señalada en los topes de ley. José Alejandro Bonivento, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Tomo II (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2005), 252. Sin embargo, es una posición que no se comparte, porque en beneficio del usuario, el transportador podría pactar cuantías superiores a los topes legales al resarcimiento; ello resulta beneficioso tanto para la parte débil como para el mantenimiento del equilibrio entre las partes, pues la parte débil contrata bajo la modalidad de un contrato por adhesión.

69 Gustavo Barbour y Diana Rodríguez, "Aspectos políticos de la 'cláusula penal'", en *Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI*, ed. Antonio Sáenz de Miera (Bogotá: Politécnico Grancolombiano, 2014), 159 y ss.; Denis Mazeaud, *La notion de clause pénale* (París: Libr. générale de Droit et de jurisprudence, 1992), *passim*.

para reducirla si es excesiva.⁷⁰ Excepcionalmente se podría acumular con la indemnización principal, pero solo si se pactó como una cláusula penal cumulativa o de apremio; esto debe acordarse de manera expresa para que opere, caso en el cual deja de ser alternativa a la reparación.

En los Principios europeos de la responsabilidad (PETL),⁷¹ elaborados por el European Group on Tort Law (EGTL), parecería que estas cláusulas restrictivas son permitidas según la importancia de los daños e intereses protegidos, de modo que no serían válidas cuando recaen sobre daños a la persona; así, en el Artículo 2:102, la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia y más importante, y serían válidamente posibles sobre aquellos daños patrimoniales que se derivan de relaciones contractuales. Es de recordar que este último modelo de código también forma parte del llamado Soft Law.

El argumento general para justificar el pacto de cláusulas restrictivas de responsabilidad está basado en la idea de que el principio de la autonomía privada de la voluntad tampoco es absoluto, como tampoco lo es el de la reparación integral de daños, porque si la misma ley consagra excepciones a la reparación integral del daño y por daños a la persona hasta en las más modernas tendencias internacionales de la responsabilidad, no habría razón alguna para que, dentro de ciertos límites, también se pueda restringir la responsabilidad, pues no hay que olvidar que las normas que prohíben o limitan un libre ejercicio de la autonomía privada deben interpretarse de manera restrictiva. Sin embargo, pese a que es un óptimo mecanismo de redistribución de riesgos empresariales, se ha visto un movimiento legislativo que tiende a restringir cada vez más su validez en los contratos de consumo y en los contratos entre empresarios bajo la teoría de las cláusulas abusivas. También se ve con mayor preocupación la validez de una cláusula exonerativa que la de una limitativa de responsabilidad, lo cual provoca incertidumbres porque sus efectos prácticos generan dificultad en diferenciarlas

70 Si la revisión se hace por una cláusula excesiva —lo cual podría constituir un abuso—, también podría pensarse que, por equidad, se haga la revisión de la misma, porque es manifiestamente irrisoria y su efecto es limitativo de responsabilidad y, en ese caso, podría ser abusiva contra los intereses de la parte débil que, por ejemplo, ha contratado con un profesional que la tiene predisuelta en su contrato del tipo estándar. Delebecque, "Régime de la réparation", 1 y ss.

71 El texto de los PETL en diferentes lenguas puede verse en <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=129&idioma=EN>

y se prefiere tratarlas de manera indistinta como cláusulas restrictivas; de ahí la importancia de identificar su tipología.⁷²

Sección 2. Validez de principio de las cláusulas restrictivas

Con la Ley 1480 de 2011⁷³ (Artículos 42 y 43) nuestro derecho interno estableció una norma que, de manera expresa y directa, prohibía a las partes pactar en un contrato cláusulas que alteraran o modificaran el régimen normal de la responsabilidad. Esta prohibición solo aplica a contratos de consumo no negociados entre empresarios y consumidores B2C o b-pyme 2C, pues antes de esta normativa específica en la contratación civil, comercial y estatal, en general, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se pueden pactar con validez, no obstante la existencia de unas normas específicas que aplican para cada contrato especial. En ellas se definen controles de validez o eficacia adicionales a los del Código Civil, del Comercio o al Estatuto de Contratación Estatal y sus leyes y decretos reglamentarios, al regular unos contratos puntuales.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad serán válidas, en general, pero estarán prohibidas en los contratos de consumo.

Las cláusulas restrictivas son aquellas por las que las partes previo al incumplimiento, podrían variar o modificar el régimen normal de responsabilidad y aligerarlo. Esto es posible porque en principio las normas que establecen el régimen de la responsabilidad general —sea contractual o aquilina— tienen un carácter supletivo y dispositivo. Las normas pueden suplir los vacíos que las partes dejen en un contrato y dispositivo, en la medida en que ellas son libres de pactar una exoneración o una limitación de la reparación convencional, según los Artículos 1604 y 1616 del Código Civil.

Con base en el panorama normativo interno, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que las normas sobre el régimen de la responsabilidad por vía de principio dejan abierta la posibilidad para que las partes, con un pacto en ejercicio de su libertad contractual o negocial por autonomía privada, modifiquen el régimen

72 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 95 y 197.

73 El texto del EC puede verse en www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

de la responsabilidad mediante cláusulas que podrían ser de agravación o restrictivas del régimen común de la responsabilidad, a menos que esté prohibido.⁷⁴

Lo antes expuesto con base en los Artículos 15, 16⁷⁵ y 1502,⁷⁶ 1602, 1618, inciso 4 del 1604⁷⁷ e incisos 1 y 3 del 1616⁷⁸ del Código Civil, es el régimen general que fundamenta la validez de principio de las cláusulas restrictivas o de irresponsabilidad,⁷⁹ normativa que, además, se aplicaría junto con las normas especiales que regulan cada tipo de contrato.

Así las cosas, existen reglas particulares aplicables solo para las cláusulas restrictivas de responsabilidad en contratos civiles de:

- Compraventa civil (Artículos 1894, 1898 y 1916).
- Depósito (Artículos 2247, 2244, 2263, 2265, 2266, 2271 y 2272).
- Arrendamiento (Artículos 1983, 1984, 1986, 1987, 1988, 1989, 1992, 2019, 2020, 2021, 2034 y 2043 del Código Civil) así como el numeral 7 de Artículo 22 de la Ley 820 de 2003.
- Promesa (Artículo 1611).
- Transporte amigable (Artículos 2072 y 2078).
- Construcción (numeral 3, Artículo 2060 y las normas de sismorresistencia).

La normativa general civil de control a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se aplicaría de manera posterior y subsidiaria a aquella especial que se

74 Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*, 91; Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil. Obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964), 375-377. Álvaro Pérez, *Teoría general de las obligaciones* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1951), 41; Camilo Vargas, "Aspectos controvertidos de la responsabilidad contractual", *Revista Universitas*, núm. 101 (junio 2001): 483-486; Usuga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 18, 21-33, 43, 53-55.

75 Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano* (París: Imprenta París-América, 1926), 25-26.

76 Pérez, *Teoría general de las obligaciones*, 41 y ss.

77 Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*, 214-247; Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 175.

78 El sentido del Artículo 1604 del Código Civil es el de una norma con carácter dispositivo y admite su derogatoria por acuerdo de las partes. En efecto, así lo considera con acierto la Corte Suprema de Justicia, cuando estima que la regla general de nuestro ordenamiento es la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad como cláusulas que se encuentran autorizadas por el Derecho común, sin perjuicio de normas especiales que las prohíban. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 29 de noviembre de 1946*; Carlos Barrera y Jorge Santos, *El daño justificado* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1997), 86; Rengifo, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 296.

79 Entre los contratos con condiciones generales, en los que usualmente las cláusulas restrictivas de responsabilidad resultan impuestas a la parte débil, se destacan los contratos de servicios bancarios y de transporte. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 29 de noviembre de 1946*; Usuga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 97-121; Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 175.

aplique a una cláusula que ya se ha considerado válida con la normativa especial. Esa es la forma de complementar y aplicar el régimen adicional de validez, pues el general es aplicable a todas esas cláusulas en cualquier negocio, sea de Derecho privado o público.

Lo mismo sucede en materia de contratos comerciales: primero se aplica el régimen especial específico para cada contrato y, si la cláusula bajo ese régimen es válida, de forma posterior y subsidiaria se aplica también la normativa general civil, pues no hay una general comercial, pero sí la norma que establece que los vacíos del Código de Comercio se suplen con el Civil.

Las normas específicas del Código de Comercio que definen un régimen especial de las cláusulas restrictivas⁸⁰ para cada contrato especial se encuentran en contratos:

- a. De compraventa mercantil (Artículo 936) y, si es internacional, (Artículo 5 de la Convención de Viena, que deja la regulación del tema al Derecho interno).
- b. Bancarios (Artículos 1416 y 1417) y cuando es con consumidores financieros, establece un control para las ciertas cláusulas restrictivas de responsabilidad consideradas abusivas que están en una lista negra (Artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 y el Capítulo VI de la Circular externa 39 de 2001 de la SIF).⁸¹ Existen más que, aunque no fueron citadas en ese listado, podrían llegar a ser abusivas, como las cláusulas suelo con las que los bancos señalan topes mínimos y máximos, que no guardan proporción razonable entre sí para el cobro de interés de obligaciones garantizadas por los usuarios del sistema con préstamos hipotecarios; las cláusulas de redondeo de intereses al alza en créditos con tasa variable, en las que se redondea al dígito inmediatamente siguiente; cláusulas que exigen garantías excesivas como respaldo al crédito; cláusulas por las que se calcula el tipo de interés de acuerdo con el año comercial en las operaciones de activo, es decir, cuando el banco presta sus dineros al cliente, calcula los intereses sobre 360 días, lo cual le encarece el crédito, mientras que

80 Para una explicación de los regímenes de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en cada contrato, puede verse Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 271 y ss.

81 El texto de la circular 039/2011 emitida por la SIF puede verse en http://aress.com.co/docs/circularyanexo-ce039_11.pdf

cuando el cliente tiene sus depósitos en el banco, se le paga interés calculado sobre los 365 días, en una operación que encarece los intereses que debe pagar el usuario, pues no es lo mismo un 14% efectivo anual en 360 días que el calculado en 365 o 366 días del año bisiesto.⁸²

- c. Los contratos de transporte por cualquier medio (Artículo 992, inciso 3, 999) de personas (Artículo 1005), de cosas (Artículo 1031),⁸³ de cosas por mar (Artículos 1614 y 1618). Los pactos de cláusulas de irresponsabilidad deberán respetar el régimen de topes legales mínimos a la indemnización para el equipaje declarado por el pasajero, sea por vía marítima (Artículo 1596), aéreo para equipajes de mano (Artículo 1886) o registrado (Artículo 1887) y aéreo de personas (Artículo 1881).
- d. Depósito en hoteles, clínicas y sanatorios (Artículos 1171, 1195 y 1194).
- e. Contratos turísticos bajo la Ley 300 de 1996 (Artículo 2), cuyo texto fue modificado por la Ley 1558 de 2012 (numeral 13 del Artículo 3). Se pasó a considerar al turista como un consumidor. Los derechos del turista (Artículos 63 a 67), así como el seguro ahora obligatorio de las garantías de servicios a los turistas constituyen un mínimo innegociable, porque son una norma protectora de sus derechos y aplicación del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2012) como norma general que llenaría los vacíos en tema de consumo, a menos que existiera regulación especial (Artículo 2, Ley 1480 de 2011).
- f. Arrendamiento mercantil (Artículos 518, 520, 521, 522, y 524).

En la contratación estatal también existe un régimen especial para las cláusulas de traslados de riesgo, típica finalidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Se destacan como límites de validez de las cláusulas de irresponsabilidad los principios establecidos por la Ley 80 de 1993 que, por ser de orden público, deben respetarse por los pactos de las partes. Así, aunque las cláusulas restrictivas de responsabilidad se pacten en la audiencia de riesgo y consten por escrito, no

82 Para una profundización, puede verse Fernández de Senespleda et al., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria* (Barcelona: Bosch, 2014), 157 y ss, 183 y ss.; Virginia Múrtula, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos* (Madrid: REUS, 2012), 197 y ss.

83 Para la Sala Civil, los techos indemnizatorios deben respetarse para garantizar un mínimo indemnizable; por tanto, no admiten siquiera una cláusula limitativa o exonerativa que los disminuya. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 8 de septiembre de 2011*, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-0.

se pueden violar (Artículos 13, 23, 32, 24 numeral 5 literal d, 28, 39, 40, 44 numeral 3 y 50 Ley 80 de 1993, Artículo 90, Constitución Nacional), (Artículo 220 Decreto 19 de 2012, Artículo 4, Ley 1150 de 2007 y Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008). En todo caso, con respeto por la normativa especial de la contratación estatal, las partes podrán pactar cuáles riesgos previsibles serían asumidos por cada uno de ellos; de esta manera, una vez ese traslado de riesgos en la contratación estatal sea aceptado por las partes, ya no se podría alegar el desequilibrio económico de la ecuación contractual, a fin de que, como antes de las leyes de 2007, la Administración respondiera por una reparación asumida por el contratista; así, mediante estas cláusulas, los riesgos de la construcción de las obras han salido de los riesgos que correspondían a la misma Administración bajo el antiguo principio de equilibrio contractual económico de los contratos estatales, que ya plantea desde 2007 esa excepción, pues, como todos los principios de la Ley 80, sigue siendo de orden público y esto se justifica aún más si ambas partes actúan de manera profesional.

Cabe recordar que la garantía de obtención de la utilidad pasó a ser un riesgo que ya no se asume por el Estado como una norma imperativa de orden público (Artículo 32, Ley 1150 de 2007).

Ahora, los riesgos negociables en la audiencia de riesgos son solo los previsibles, es decir, los normales u ordinarios previsibles al momento de contratar, pues no son riesgos que se pueden asumir en la audiencia aquellos que se consideren anormales, extraordinarios⁸⁴ o imprevisibles, ya que escaparían a la excepción del principio de equilibrio económico del contrato estatal. En todo caso, la Administración tampoco podrá actuar en la negociación, de modo que las cláusulas de exoneración de ciertos riesgos contractuales previsibles sean abusivas porque no fueron equilibradas o no hubo una forma real de negociación, situación que, sin duda, constituirá un nuevo reto judicial.

Con todo, se deberá respetar la normativa civil, pues la misma Ley 80 de 1993 señala que los vacíos de la misma se llenarían con la comercial y luego con la civil, en últimas, aplicable como único régimen general.

Por otra parte, si alguno de los contratos antes mencionados —sea civil, comercial o estatal— es de los que se podría catalogar como de consumo B2C o

84 Consejo de Estado, *Sección II de 26 de febrero de 2004*, Rad.: 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043).

b2C, serán pactados por adhesión aquellos contratos celebrados entre un profesional o empresario de una actividad (catalogado como el sujeto fuerte del negocio “B” o incluso una pyme “b”, que podría ser un productor, proveedor, ensamblador, importador o distribuidor, esto es, un sujeto de la cadena distributiva). En la otra parte habría un consumidor o usuario (del tipo “C” como sujeto débil de la relación contractual), desde un concepto amplio de consumidor, por el que sería indiferente si se trata de una persona natural o jurídica, de carácter público o privado. Este último, al estar en una relación de consumo, contratará para satisfacer sus necesidades propias, privadas, domésticas, familiares o empresariales, pero en todo caso, ajenas a su actividad económica profesional, pues el consumidor será entendido como el destinatario final (Artículos 2 y 5 de la Ley 1480 de 2011) y también se le aplicarán las normas sectoriales de consumo.

Las normas de protección del consumidor son de orden público y se aplicarán a aquellos contratos de consumo que carezcan de una reglamentación especial. Las normas de la Ley 1480 de 2011 (EC) establecen que cuando hay norma especial de consumo para un sector específico, el EC solo se aplicaría de manera complementaria o para suplir vacíos de la ley especial; así, será útil al momento de llenar vacíos o completar aquellas normas incompletas frente a la misma norma general del Derecho de consumo (EC).

Esa situación no deja de generar problemas interpretativos y de aplicación práctica frente a la naturaleza que inspira las normas de consumo, las cuales se han basado en el Derecho comparado en cuanto a protección del equilibrio contractual por la relación de asimetría con los débiles, para proteger un ideal de justicia y equidad en las relaciones contractuales; estas deberán estar fundadas en la buena fe contractual, a fin de que los sujetos negociales mantengan un actuar correcto, leal y honesto, que mantenga la transparencia en las negociaciones con base en obligaciones de información, como una de las conquistas del nuevo orden público contractual.

Algo similar ocurre en el Derecho comparado comunitario, en el que la protección a los consumidores se hace a manera de mínimos, es decir, las leyes generales protegen y tienen aplicación general, pero si hay una ley que otorgue una protección superior, se aplica la que mejor lo proteja, de manera que en donde haya vacíos se aplica la ley complementaria y, en todo caso, prima la que otorgue mejor protección a la parte débil incluso en la interpretación.

La Directiva 13 de 1993 es una directiva de mínimos; sin embargo, se han pensado normas de protección de máximas, por las cuales solo se podrá aplicar lo que se diga allí y como se diga allí, sin lugar a que un Estado la adapte con mayores protecciones ni a una interpretación; solo permite la aplicación de la norma de la manera como aparece. El problema será la renuncia a la soberanía de cada Estado para incorporar las normas a sus realidades, como ocurre con los reglamentos comunitarios.

En Colombia, las leyes de máximas suelen utilizarse para armonizar o unificar las leyes de diferentes Estados frente a problemáticas o temáticas específicas y para un mismo Estado, a menos que se trate de un sistema federal.

Se creería que una acertada interpretación de lo que se debería hacer en Colombia es aplicar la norma especial (EC) que regule el tema de cláusulas restrictivas de responsabilidad y, ante los vacíos que deje dicha norma, podría aplicarse la norma general que trae los criterios de definición, a diferencia de las cinco escasas regulaciones que hay en Colombia sobre el tema, con listas incompletas. Por ejemplo, la Ley de servicios públicos (Artículos 133, Ley 142 de 1994), incluye varias cláusulas restrictivas de responsabilidad en una lista gris que las presume abusivas y admite prueba en contrario de la empresa prestadora para desvirtuar dicha presunción o en la 1328 de 2009 sobre el consumidor financiero.

La tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad depende de la imaginación de las partes y la lista de las que más se usan es solo indicativa e ilustrativa, pues elaborar una exhaustiva es casi imposible;⁸⁵ no obstante, se puede hacer referencia de manera esquemática a las que más se emplean.⁸⁶ También es de aclarar que cuando ellas son ilícitas por ser contrarias al orden público no es que sean abusivas, pero cuando son abusivas por ir en contra del orden público, entonces también son ilícitas.⁸⁷

85 Sobre otros modelos que también forman parte de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, por el detalle del estudio se remite a Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual", 150.

86 Natalia Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil* (Granada: Comares, 1998), 25 y ss.; José Manuel Gual, "Cláusulas restrictivas de responsabilidad: un acercamiento a sus principales problemáticas", en *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*, dir. Álvaro Echeverri (Bogotá: Ibáñez, 2011), 287 y ss.; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 144 y ss.

87 Luis Larraya, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro* (Navarra: Elcano, 2001), 103-116.

Tampoco la lista de cláusulas abusivas en Colombia no es una, porque existen seis reglamentaciones que a ellas se refieren; por ello, lo ideal sería una lista unificada, aunque cada país suele hacer un elenco de las que más suele usar en su realidad.

En los listados se hallan muchas cláusulas de irresponsabilidad comunes, en especial porque son potencialmente abusivas, pero tampoco son las únicas. También se agrupan por parte de la doctrina en bloques temáticos para tratar de encontrar los puntos comunes que hacen una cláusula abusiva.

Lo cierto es que las normas de Derecho comprado de los contratos tipo y las normas de armonización internacional bajo una técnica de Soft Law tratan de identificar aquellas cláusulas que en común se catalogan como abusivas para crear un sistema único y ficticio armonizado de máximos, es decir, los Estados renuncian a su soberanía y solo aplicarían el test de control de cláusula abusiva a los tipos de cláusulas que aparezcan enunciadas en la lista y, dentro de ellas, las de irresponsabilidad; de tal manera, podría ser una lista gris y una negra, para que solo se controlen las cláusulas que aparezcan en los listados uniformes. Para argumentar estas conclusiones finales bastaría comparar nuestros listados con los de países como Francia, Italia, Alemania o Inglaterra o con los listados de los textos tipo para aproximarse a esa misma conclusión, como sería el CESL y los Principios Acquis.

El problema de esa armonización es que el legislador incluye en los listados de cláusulas abusivas muchas que no son más que tipos de cláusulas restrictivas de responsabilidad. Además, tratar de identificar cuáles son estas cláusulas de irresponsabilidad no resulta fácil. Parecería que lo que se debería hacer, como hasta ahora se ha hecho en Europa, es un listado de modelos de cláusulas restrictivas directas e indirectas, cuyo contenido, efecto o aplicación no es más que restringir las condiciones, el efecto o las consecuencias de la reparación, bien sea directa o indirecta, porque afectan lo sustancial de los contratos o los aspectos procesales de las reclamaciones y, sin que lo más relevante sea su contenido, se mira sin sus efectos.

Esto sucede con las reglamentaciones especiales de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que, aunque integradas en unas normas de categoría similar o inferior, son más antiguas, pero especiales. Por ejemplo, la Ley 142 de 1994 para consumidores de servicios públicos domiciliarios (agua, luz y gas) consagra en el

Artículo 133 un listado gris indicativo, que presume en ellas un abuso de posición dominante, lo cual se ha entendido por la doctrina como un listado de cláusulas presuntamente abusivas. En este evento, lo que puede entenderse es que se trata de un listado tipo de cláusulas presuntamente abusivas, pero al no definir qué es una cláusula abusiva, la Ley 1480 (Artículo 42) podría dar lugar a esa ilustración conceptual con base en un test general fundado en los desequilibrios injustificados que podría entenderse bajos los fundamentos ingleses, alemanes italianos y franceses como contrarias a lo que es correcto, ético, leal, decoroso, razonable o contra la buena fe. Asimismo, la lista negra del Artículo 43 podría ilustrar otras cláusulas restrictivas de responsabilidad que podrían presumirse como abusivas, pues en lo que son similares aplicaría la Ley 142 y sobre todo porque el listado gris y el negro son similares; esta daría lugar a una contradicción que, creería, es aparente.

En tema de consumidores financieros, existe la Ley 1328 de 2009, más antigua, pero especial con respecto a la Ley 1480 de 2011, que se aplica en general para todo contrato de consumo. Aplicar la norma general con la especial serviría para complementar el concepto de cláusula abusiva y el de contrato de consumo, por cuanto sobre ese punto la Ley de 2009 guardó silencio. Ambas controlan solo los contenidos de los contratos de consumo celebrados por adhesión y traen un listado de cláusulas restrictivas negro, pero no taxativo, sino ilustrativo; el listado de la 1480 (Artículo 43) puede servir de complemento para ilustrar otros tipos de cláusulas restrictivas que podrían ser abusivas.

La Ley 1480 de 2011 derogó de manera expresa todas las normas que le sean contrarias y, aunque no señala con exactitud cuáles, lo que sí es claro es que eliminó, de forma tácita, al antiguo Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982). Respecto a las normas especiales de consumo, eso no parece ser así, pues se refieren a temas muy especiales con normas del mismo nivel o muy especializadas que no se regularon en la Ley 1480 de 2011.

En el Derecho comparado coexistieron varias normativas específicas mediante la expedición de directivas comunitarias de varias temáticas en contratos especiales de consumo, las cuales se fueron incorporando a los códigos internos de cada país, hasta que llevaron a una gran reforma en cada uno de ellos, pues dejaron manera en un solo cuerpo normativo la regulación de contratos de consumo, sea en un Código de Consumo como en Italia en 2005 o con un Código que

se adaptó a las nuevas directivas como en Alemania en 2000 con su BGB y los proyectos de reforma franceses que van adaptando reformas a sus Códigos Civil, de Comercio y de Consumo.

La Ley 1480 de 2011 llenó un vacío: el del concepto general del test que se aplica a las cláusulas contractuales para determinar si son abusivas, pues ninguna otra norma lo tenía. Además, deja que el texto sea de aplicación complementaria a falta de norma especial, así que no habría una contradicción entre esas normas del mismo nivel si se aplican de manera armónica.

En el Artículo 42 de la Ley 1480 como test general de abusividad, no es claro cuándo se está ante un desequilibrio que determine que una cláusula es abusiva, pero si se observan los estudios teóricos sobre el tema, se podría concluir que son dos los factores que, a la luz de los sistemas inglés, alemán, italiano y francés, lo determinarían, pues no se trata de una fórmula matemática y por ello, pese a la utilidad del test, es difícil saber cuándo se está ante una cláusula restrictiva de responsabilidad abusiva que no aparece en los listados general o especial, pues estos son solo criterios orientadores que las partes podrían combinar y crear cláusulas mixtas entre restrictivas por efectos y contenido, como serían las que restringen los términos de garantía por debajo del legal.

Así, cuando el Artículo 42 de la Ley 1480 consagra un desequilibrio de cierta entidad y magnitud, es claro que debe ser normativo y significativo; no todo desequilibrio ocasionado por una cláusula de irresponsabilidad genera abusividad. Cuando la Ley hace referencia a que tenga cierta magnitud, quiere decir que debe ser importante o significativo y cuando establece que se necesita que sea de cierta entidad, no es más que sea normativo, esto es, entre los derechos y las obligaciones de las partes. Cuando se refiere a que deberá ser injustificado, es que no esté compensado razonablemente con una contraprestación que lo justifique.

Si el concepto del Artículo 42 se analiza junto con los listados del Artículo 43 y las demás normas de cláusulas abusivas restrictivas de responsabilidad,⁸⁸ ese criterio que marcaría el desequilibrio sería el de la desproporción manifiesta, el cual no se traduce necesariamente en un tema económico —aunque podrían coincidir— sino en el ejercicio de los derechos. Entonces, se deberá acudir a reglas supletivas, con el fin de observar qué fue lo que se restringió con la cláusula de

88 Pueden verse los cuadros de síntesis normativa de las cláusulas abusivas restrictivas de responsabilidad según el criterio de listas en Colombia al final de este capítulo.

irresponsabilidad; de esta manera, serán: de una parte, la unilateralidad, que no es más que restringir los derechos contractuales a una de las partes a favor de la otra, y, de otra parte, sería la falta de reciprocidad y conmutatividad injustificada entre derechos, lo que se traduce en una falta de proporcionalidad contractual como una desventaja desprovista ante la falta de una contrapartida o algo que equilibre, es decir, un desequilibrio injustificado o poco razonable, así como la falta de transparencia contractual mediante una redacción oscura también, lo cual es un criterio de apreciación del desequilibrio, porque contraría el imperativo de buena fe.⁸⁹ También será violatorio de este principio la falta de informaciones claras, precisas, inteligibles y en la lengua de las partes que se entreguen al consumidor.

Se trata de un análisis que se hará caso por caso, con la ponderación del desequilibrio, para verificar el unilateralismo de derecho a una de las partes y las negaciones de derechos a la contraparte, al eliminar al acreedor sus derechos o dar al deudor poderes discrecionales.

Las listas muestran que son fuente potencial de abusos, pero las que allí aparezcan perfectamente podrían equilibrarse. La labor difícil para el legislador al establecer listas grises y negras es que sean equitativas con el mercado y el Derecho, pues establecer listas negras es fácil, pero no lo más conveniente, porque son límites a la autonomía privada que algunas veces pueden resultar excesivos.

Respecto a otros contratos, existen normas inferiores que regulan también las cláusulas restrictivas dentro de las que podrían ser abusivas en tema de:

- a. Telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) emitió la Resolución 3066 de 2011 que, para servicios de comunicaciones y sin hacer mención a un concepto de abusividad como tal, establece nueve cláusulas *per se* prohibidas en una lista negra (Artículo 14) que incluye a las restrictivas de responsabilidad. Esto no parece contradecir la norma general del Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 que, en principio, permite al juez declarar otras cláusulas como abusivas bajo un criterio general del test de abusividad, sin que se limite al solo criterio de

89 La falta de transparencia en contractual suele darse en donde una de las partes puede explotar de manera excesiva a la otra por su situación de inferioridad, como sería la del consumidor o la del pyme en los contratos en los que enfrentan a un gran empresario. En los sistemas mencionados no se controlan los precios o las obligaciones principales por medio de las Directivas europeas 13/93 y 83/11 si las cláusulas son claras.

listas (Artículo 43), ya que estas no son más que una guía indicativa para el intérprete y las partes contractuales.

Podría pensarse que operaría una derogatoria tácita de la normativa inferior, por cuanto la misma Ley 1480, en su Artículo 84, deroga todas las leyes que le sean contrarias, pero por ser ley especial, no la deroga, sino que la complementa a fin de que se ilustre el tipo de cláusulas que entran dentro de esa gran tipología de cláusulas abusivas.

Además, el Artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 deja que las leyes especiales se apliquen a los casos que estas regulen, por lo que se aplica de manera complementaria; así, con el test del Artículo 42 y con el criterio orientador de listas del Artículo 43, el juez podría definir qué otras cláusulas sean consideradas abusivas. De este modo, la ley especial tendrá preferencia sobre la general, pero si son del mismo nivel, parecería que se debe aplicar la general de forma complementaria; si hubiera contradicción entre la general superior y la especial e inferior, se deberá recurrir a la que favorezca al consumidor en aplicación del principio *pro consumatore*.

- b. Servicios postales: la misma CRC también profirió la Resolución 3038 del 4 de abril de 2011 para contratos de servicios postales y estableció (Artículo 7) cuatro cláusulas que serían prohibidas *per se*, porque son contra los usuarios del servicio, según el criterio de lista negra y sin una definición de cláusula abusiva. Bajo parámetros generales, se deduce que son así, pues son modelos de cláusulas restrictivas de responsabilidad del prestador de los servicios. Esta Resolución merece el mismo comentario que la Resolución 3066 en cuanto a la manera de integrar su interpretación con el EC y se remite a esa posición ya comentada.

Servicio de televisión: la Comisión Nacional de Televisión (CNT) profiere el Acuerdo 11 del 24 de noviembre de 2006 aplicable al servicio de televisión por suscripción y establece, en su Artículo 25, un listado de cláusulas consideradas objetables, para hacer referencia a que están prohibidas las cláusulas restrictivas de responsabilidad de los operadores del servicio, bajo la modalidad de una lista negra de cláusulas abusivas por ser contrarias a la buena fe. El Acuerdo reconoce la jerarquía de la norma general de consumo Ley 1480 de 2011 y los somete al Estatuto del Consumidor; así, se podría complementar el Acuerdo con la Ley 1480, al menos en el criterio de abusividad general.

En todo caso, la aplicación del EC no es fácil de manera armoniosa, pues aunque es una norma general y común para los contratos donde hay consumidores, en algunos eventos será supletiva cuando no haya ley especial o complementaria en lo que no sea contradictorio y especial cuando no haya otra norma que regule el tema, además de las excepciones que el mismo Estatuto indica para que sea aplicado junto con las normas especiales.⁹⁰ Creería que la norma debió consagrarse para ser aplicable siempre de modo complementario con las normas especiales, a fin de llenar los vacíos de estas y, en caso de contradicción, debió señalar que primaría la que fuera más favorable al consumidor, por aquello del principio *pro consumatore*.

El sistema colombiano tampoco es ajeno a la existencia de los pactos convencionales sobre la responsabilidad ni a su uso habitual mediante la forma de cláusulas restrictivas de la responsabilidad por parte del deudor, quien suele preestablecerlas en el contenido de los contratos por él elaborados mediante módulos y formularios celebrados por adhesión de la otra parte.⁹¹ Esas cláusulas se incluyen en contratos bancarios, de transporte de mercancías y personas, *leasing*, depósito, ventas y arriendos inmobiliarios, servicios de telefonía móvil y de televisión por cable⁹² y servicios recreativos como parques de diversión y piscinas de hoteles, con las que se pretende limitar la responsabilidad por los daños.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional,⁹³ con base en la foránea, reconocen la existencia de las posiciones a favor y en contra de la validez de los pactos restrictivos de responsabilidad y optan por las teorías que

90 Magdalena Correa, "El estatuto del consumidor. Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas", en *Perspectivas del Derecho del consumo* dir. Carmen Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 109 y ss.

91 Jaime Arrubla, *Contratos mercantiles*. Tomo III (Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2006), 80.

92 La Corte reconoce que las cláusulas sobre la responsabilidad son propias de los contratos de adhesión. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 de julio de 1938*.

93 Las reglas generales sobre la responsabilidad, establecidas en los Artículos 1604 y 1616 del Código Civil, pueden ser modificadas en caso especiales para atenuar o para eximir la responsabilidad del deudor por vía convencional cuando tal convención sea lícita. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*. La cláusula restrictiva de responsabilidad se considera lícita si el incumplimiento no deriva de una conducta cometida por el deudor o sus auxiliares con culpa grave o dolo; de lo contrario, será nula, de acuerdo con los Artículos 63, 1522 y 1523 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 1962*. De esta manera, con claridad y sin lugar a equívocos, la jurisprudencia reconoce la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, aunque sometidas a determinados controles de validez. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*. Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 174; Velázquez, *Estudio sobre obligaciones*, 751 y ss.

reconocen la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.

Por la intensidad o los grados⁹⁴ como afectan la reparación, las cláusulas de irresponsabilidad se diferencian entre limitativas y exonerativas,⁹⁵ pero al ver que sus consecuencias no muestran verdaderas distinciones prácticas, son tratadas y reguladas bajo una única disciplina,⁹⁶ al punto de que además de someten a los mismos requisitos de existencia y controles de validez y se les otorgan similares efectos.⁹⁷

No obstante, en los ordenamientos francés e italiano, se insiste en dar un mismo régimen y tratamiento a ambas especies de cláusulas restrictivas de

94 Se reconoce la amplia forma en la que ambos tipos de cláusulas restrictivas de responsabilidad operan: una la suprime y otra la atenúa. En otras palabras, en una cláusula opera una exoneración total, al establecerse que no se responderá por el daño en ciertas condiciones, mientras en la otra cláusula, esa exoneración es solo parcial, al definirse que no se responderá más allá de un límite señalado, por ejemplo, en una cierta suma o en cierto término. Henri Mazeaud, León Mazeaud y Chabas François, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie* (París: Montchrestien, 1983), 3 y 135. La cláusula limitativa de responsabilidad constituye un diminutivo de la cláusula de no responsabilidad, término este último usado también para hacer referencia a la cláusula de exoneración. Jean Carbonnier, *Droit civil, Les obligations. Tome 4* (París: Presses Universitaires de France, 2000), 330.

95 No obstante se reconocen ambas cláusulas restrictivas de responsabilidad, estas tienen conceptos diferentes. Ambas se toman dentro de las cláusulas sobre la responsabilidad, concepto amplio según el cual pueden afectar las condiciones y los efectos del incumplimiento. En general, los pactos limitativos de responsabilidad no exoneran por completo, pero atenúan los efectos o los supuestos de responsabilidad, mientras los exoneradores provocan que el deudor se libere de la responsabilidad por incumplimiento, es decir, de la obligación de la reparación. Mariano Yzquierdo, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid: Dykinson, 2001), 344-345; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés, las obligaciones*. Tomo VI (La Habana: Cultural, 1946), 575. Aunque el sistema italiano superó la problemática de las diferencias conceptuales entre las dos cláusulas restrictivas de responsabilidad, es claro que el aspecto de la intensidad del efecto exonerativo es el que determina la diferencia de los conceptos de ambas. Ponzanelli, "Le clausole di esonero dalla responsabilità", en *La responsabilità civile*, 17. En efecto, en el Derecho francés hay quien ubica ambos tipos de cláusulas dentro de las relativas a la inexecución contractual, al hacer referencia a la intensidad de sus efectos. Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité civile* (París: Dalloz, 2002), 322 y 329. De una manera general, se ubican dentro de un tipo de cláusulas sobre la responsabilidad, por cuanto con ellas se logra limitar o excluir el derecho a la reparación. Esta amplia clasificación permitiría ubicarlas dentro de las cláusulas de irresponsabilidad, aunque por sus efectos, en las cláusulas que recaen sobre las obligaciones contractuales, si lo que se pretende es disminuir la reparación, como un tipo de cláusulas de exoneración y limitativas de responsabilidad (cláusulas de no responsabilidad o irresponsabilidad). Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 440 y ss.

96 Pierre Robino, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine* (París: Sirey, 1951), 1 y ss.; Philippe Delebecque y Denis Mazeaud, "Les clauses de responsabilité: clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales: rapport français", en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles: études de droit comparé*, ed., comp. o dir. Marcel Fontaine y Genevieve Viney (París: LGDJ, 2001), 381 y ss.

97 La jurisprudencia reconoce mayor gravedad a la cláusula de exoneración de responsabilidad que a aquella de limitación, pues esta última garantiza, al menos, un resarcimiento incompleto. Grazia Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esclusione o limitazione del risarcimento artt 1228-1229* (Milán: Giuffrè, 2003), 186.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

responsabilidad, pese a que deben discriminarse por el grado o los alcances de sus efectos exoneratorios cuando con ellas se priva o aligera al acreedor de las garantías normales que le otorga a sus intereses el régimen normal de la responsabilidad⁹⁸ y que ahora, con las cláusulas de irresponsabilidad, se pretende limitar sus alcances o establecer techos que enmarcan la reparación.

Con fundamento en la similitud de las normas internas con las foráneas, mediante aplicación directa de los Artículos 1604 y 1616 del Código Civil se evidencia que el régimen de la responsabilidad está abierto a las disposiciones de las partes para modificarlo y solo ante el silencio de estas se aplicarán de manera supletoria a los vacíos de la voluntad contractual que incrementa los grados de diligencia si el contrato genera beneficio a una u otra parte o a ambas y que, según como se cometa el daño, se pagarán los previsibles e imprevisibles al momento de contratar.⁹⁹

Por último, dos comentarios. Uno, con respecto al Derecho Contractual Laboral en virtud del Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo: el incumplimiento anticipado de las obligaciones patronales derivadas de contratos laborales no admite la validez de cláusulas restrictivas de la responsabilidad de los patronos, pues los trabajadores no solo son una parte débil, sino que sus normas son una conquista que obedece a razones de orden público por principios sociales y de dignidad humana para que su medio de sustento no sea afectado.

El otro, sobre el Derecho Penal: podría sostenerse que tampoco es válida una cláusula restrictiva de la responsabilidad por la que el autor de un delito pretenda exonerarse de la reparación proveniente de un incumplimiento contractual que es consecuencia de su propio comportamiento punible.¹⁰⁰

98 Joachim Schmidt-Salzer, "Les clauses limitatives ou exonératoires en Droit allemand", en *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: Actes du colloque des 13-14 déc. 1990*, dir. Jacques Ghestin y Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris 1 (Paris: LGDJ, 1991), 64-65.

99 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462, p. 19. En sentido similar se manifiesta la doctrina. Rengifo, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 336.

100 Sin embargo, en la jurisprudencia italiana, el tema tiene dos fallos de la década del sesenta y dos de la década del cincuenta en sentido contrario al que se ha planteado. Ponzanelli, "Le clausole di esonero dalla responsabilità", en *La responsabilità civile*, 366 ss. La Casación Civil colombiana ha aplicado con acierto la teoría por la cual una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad derivada de un ilícito penal es inválida; así, ante un fraude mediante cheque derivado de un descuido del titular de la cuenta por los cheques que falsificó su empleado de confianza, tal descuido se consideró como una culpa grave o dolo del titular; se le condenó a asumir el daño y se le prohibió que mediante pacto pudiera exonerarse de esa conducta delictual del empleado. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*.

Sección 3. Eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

En Colombia existe la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad de exoneración o limitación, como quiera que se carece de una norma que prohíba su validez,¹⁰¹ el principio no es otro que aquel según el cual, con base en la libertad contractual, ellas podrán pactarse en la medida de que se cumplan los requisitos sin los que dichas cláusulas no existirían.

Por otra parte, ellas serán válidas solo si son conformes a los límites que el orden público contractual les impone,¹⁰² por cuanto las normas que permiten a las partes modificar el régimen normal de la responsabilidad establecido de manera supletiva para los contratos varía, según quién sea el sujeto beneficiario de los mismos (Artículo 1604, Código Civil) o de la forma como ocasiona los daños (Artículo 1616, Código Civil); así, autorizan la alteración de la responsabilidad, pero con respeto de ciertos requisitos de orden público contractual (Artículos 15 y 16, Código Civil).¹⁰³ También existe una serie de normas que prohíbe ciertas cláusulas en ciertos tipos especiales de contratos, como sería el caso de su proscripción en una lista negra para los contratos de consumo (Artículo 43, Ley 1480 de 2011) y en los que esa prohibición se ha establecido por reglamentación especial.

Condiciones de existencia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

A causa de la existencia de un régimen de responsabilidad dispositivo, las partes podrán pactar, previo al incumplimiento o a la comisión del daño, cláusulas de irresponsabilidad de limitación o de exoneración.¹⁰⁴

101 En Colombia, alguna parte de la doctrina sostiene la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en especial las de aquellas referidas a una exoneración total de la responsabilidad del deudor; otra parte, en cambio, con una posición que parece bastante acertada, sostiene su validez siempre que ellas cumplan con algunos requisitos. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*; Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, *El seguro de responsabilidad* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 80-81.

102 Se ha admitido la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y se considera que “las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual no tienen otra finalidad que la de traspasar al acreedor los riesgos que, de acuerdo con la ley, pesarían sobre el deudor. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462.

103 Cámara de Comercio, *Laudo arbitral de 3 de agosto de 1994. Amocar-Abocol vs. Aseguradoras Grancolombiana, Colseguros y Seguros Caribe*. En doctrina, Barrera y Santos, *El daño justificado*, 84.

104 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462. En doctrina, Suescún, *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, 343. Con el concepto cláusulas de exoneración de responsabilidad se suele identificar a las de no responsabilidad. Barrera y Santos, *El daño justificado*,

• Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Esos pactos, como manifestación o disposición de la voluntad de las partes, podrían restringir o aligerar el régimen de la responsabilidad o reparación de daños. Así, por ejemplo, es posible:

- Disminuir los grados de diligencia, pericia o prudencia que les corresponde a las partes para responder por uno inferior.
- Establecer *plafonds* monetarios, que funcionarían como topes para la reparación y limitarían la entidad del daño.
- Exonerarse de responsabilidad cuando el daño provenga de determinados eventos.¹⁰⁵
- Pactar que solo se responderá por ciertos tipos de incumplimiento.
- Con una proscripción voluntaria de las partes, pactar que, por ciertas acciones, ya no se tendría derecho o que no se pudiera iniciarlas procesalmente contra el deudor en un proceso de responsabilidad.

A esos similares resultados se podría llegar como consecuencia de ciertos pactos que aunque no ocasionen la renuncia anticipada de las acciones, sí las dificulten procesalmente, como sería señalar mayores requisitos de los normales, invertir la carga de la prueba o tarifar los medios por los que se probaría algún evento.¹⁰⁶

La validez general de principio de estos pactos estará condicionada por ciertos controles que son impuestos por el orden público contractual.¹⁰⁷ De lo mencionado no se podría hablar si cláusula restrictiva de responsabilidad no existiera, pues para que ella pueda estudiarse, controlar judicialmente y produzca algún

83. Las cláusulas restrictivas o de atenuación de responsabilidad pueden ser de dos modalidades: de exoneración y de limitación. Hinestrosa, *Derecho Civil. Obligaciones*, 377. La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de pactar con validez cláusulas de no responsabilidad cuando el incumplimiento deriva de la culpa de los auxiliares del acreedor de la cláusula. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 23 septiembre de 2002*, Exp. 6581.

105 Las cláusulas restrictivas de responsabilidad buscan perdonar ciertas culpas del deudor. Barrera y Santos, *El daño justificado*, 85-86.

106 Un listado ejemplificativo se puede consultar en Cristina Menichino, *Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale* (Milán: Cuem, 2006), 160 y ss.

107 Ante un pacto, las partes no pueden contrariar el orden público, las buenas costumbres y en especial las normas imperativas. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 diciembre de 1970*. El orden público, bajo el argumento a contrario (*a contrariis*), subordina el pacto de responsabilidad a condiciones determinadas como el respeto de las normas de orden público; de esta manera, será posible derogar las normas que no son de orden público. Vincenzo Roppo, *Istituzioni di Diritto Privato* (Bologna: Monduzi, 1998), 38. La doctrina mayoritaria sostiene con acierto la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y subordina su validez al respeto de ciertos límites, pues sostener una inadmisión de ellas pondría al comercio en condiciones de inferioridad frente a aquellas Naciones que cuidadosamente las han admitido. Barrera y Santos, *El daño justificado*, 87-90.

efecto, se requieren tres condiciones o características que determinan su existencia. Esas condiciones son:

- a. Que sea un pacto entre dos o más sujetos con los requisitos de capacidad que un acto de voluntad implica.¹⁰⁸ Hay que precisar que, por tratarse de un pacto, las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad deben ser entendidas en primer lugar como un acuerdo sobre el contenido de la predisposición y la naturaleza del precepto, como acto de disposición de interés, es decir, cláusulas como tales, en su sentido sustancial.

Solo así se podrían aplicar los controles de validez que corresponden a las disposiciones, los acuerdos o pactos contractuales. Es posible que en un contrato las partes transcriban normas de ley y, aunque en tal evento desde el punto de vista formal se esté ante una cláusula, en realidad se trata de una disposición legal que se ha transcrito en un contrato y sin disposición; es solo la repetición de una norma de ley que suple la voluntad de las partes y opera como una mera disposición con forma de cláusula, es decir, un precepto contractual que tan solo es una cláusula en sentido formal, pero no podría controlarse como un acto de autonomía privada, porque es una simple disposición legal.¹⁰⁹

- b. Que ese pacto sobre la responsabilidad sea previo o precedente al incumplimiento o a la comisión del hecho ilícito fuente de responsabilidad,¹¹⁰ es decir, que sea una manifestación de voluntad *ex ante*, pues si en cambio fuera *ex post* (luego de la ocurrencia del daño o perjuicio), las partes estarían inmersas en otras figuras o negocios, como serían los medios de extinción de obligaciones, como sería el caso de una transacción que ocurriría cuando ambas partes, conocedoras de la posible reparación en la que se incurriría por el daño ocasionado, deciden hacerse concesiones mutuas e incluso cuando, sucedido el daño, una de las partes decide hacer una remisión

108 Esta característica marca la diferencia con las limitaciones legales de responsabilidad cuyo fundamento no reside en un acuerdo de voluntades, sino en una disposición del legislador, que ha considerado conveniente establecer un límite a la responsabilidad, con fundamento en principios de orden público. Ponzanelli, *Le clause di esonero dalla responsabilità civile*, 13 y ss.

109 Gianlucca Sicchiero, *La clausola contrattuale* (Padua: Cedam, 2003), 1-37; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 98.

110 Esta constante se ha confirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema francesa en numerosos pronunciamientos entre 1983 y 1994. Henri Mazeaud, Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil, obligations*. Tomo I. 9a ed. (París: Montchrestien, 1998), 759.

o perdonar la deuda por la renuncia total o parcial del crédito;¹¹¹ en todo caso, se está ante dos figuras muy distintas a las cláusulas de irresponsabilidad, no obstante la amplitud de su tipología.

- c. Que con ese pacto o esa declaración de voluntad entre los sujetos haya una manifestación para limitar o exonerar de responsabilidad. La cláusula, por su contenido, efecto o aplicación, deberá mostrar que las partes han pretendido con ella renunciar o limitar la responsabilidad del deudor.

Entre las partes deberá haber un pacto en el que el contenido de las cláusulas se haya conocido y aceptado por ambas, bien sea de manera tácita o expresa. Por lo general, ese pacto es consensual pero que en algunos contratos, para probarla y para que exista como estipulación, se exige que se haga por escrito como formalidad *ad substantiam actus*. Así lo exige la ley en temas de transporte de mercancías y contratos estatales; en los contratos que tienen que ser por escrito, violar ese requisito de validez de forma generaría su ineficacia por falta de existencia.¹¹²

Con respecto al requisito de la aceptación de la cláusula restrictiva, a quien se le dirige tal declaración (potencial acreedor-víctima del incumplimiento) deberá, como parte débil, ejercer actos que demuestren con certeza su consentimiento¹¹³ sobre el pacto de la cláusula de limitación o exoneración para que esta pueda ser tomada por aceptada.

111 El pacto de cláusulas de exoneración y limitación es previo al incumplimiento, por cuanto se hace alusión a un derecho objetivo como la exclusión total o parcial o la limitación de la responsabilidad antes de que se produzca el daño, al constituir un acto de exclusión de la eficacia de la ley. Es diferente de la renuncia, figura que se refiere a dejar un derecho que se posee, pues no se puede renunciar un derecho que no se posee; por ello, la renuncia recae sobre el derecho subjetivo. Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 12 y 116.

112 Para los contratos de adhesión se ha incluido en el Artículo 1341 del Código Civil el requisito formal *ab substantian* de la aceptación por escrito de la cláusula de limitación y exoneración de responsabilidad; si no se cumple tal condición, faltaría el consentimiento y, en consecuencia, la cláusula sería ineficaz. Frente a un contrato estándar, no vale un conocimiento o una aceptación tácita, sino que deberá ser expresa y por escrito. La doctrina ha sostenido que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad establecidas por el productor en las envolturas o instrucciones de los productos debían ser consideradas irrelevantes para el Derecho, pues no parece que, a razón de la compra del producto, se pueda catalogar ese hecho como concluyente e inequívoco de una aceptación tácita de la cláusula restrictiva de responsabilidad. Ugo Carnevali, *La responsabilità del produttore* (Milán: Giuffrè, 1974), 394. Sin embargo, surge la inquietud de saber qué pasaría si se comprueba que ese consumidor las ha aceptado por comprar con frecuencia, pues parecería que ningún consumidor actúa sin leer cuando comete una conducta repetitiva. De todas formas, tocaría aplicar la presunción de abusividad bajo el criterio de las listas.

113 Para que haya aceptación de la cláusula, quien da su consentimiento debe ser capaz, pues de lo contrario, sería nula. Luis Muñiz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual, estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses* (Bogotá: Temis, 2006), 120 a 122.

El Derecho moderno de contratos da gran importancia al consentimiento del acreedor que se enfrenta a un contrato con cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, al punto de que para que las cláusulas sean eficaces en los negocios entre partes desiguales, no basta que el acreedor las haya conocido, sino que, además, se hace necesaria su aceptación,¹¹⁴ pues resulta lógico que de faltar la aceptación de la cláusula, no se estaría ante un pacto restrictivo de responsabilidad celebrado con validez.¹¹⁵

Límites de validez común a todo contrato con cláusulas restrictivas de responsabilidad

En cuanto a los límites de validez generales o comunes para todo contrato, estos son impuestos por el orden público, caracterizado por ser un criterio controvertido

114 Una aceptación tácita en contratos entre partes iguales podría bastar, pero el beneficiario de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad deberá aportar una prueba del consentimiento de la otra parte. Paul Durand, *Des conventions d'irresponsabilité* (París: Universidad de París, Facultad de Derecho, 1931), 46 y 104. Piénsese en aquellas cláusulas restrictivas de responsabilidad que figuran en los afiches ubicados en el lugar de cumplimiento del contrato, como los colocados al ingreso de garajes, hoteles, estaciones de transporte o las que aparecen en recibos, billetes, comprobante de depósito, etc., que se entregan una vez se ha celebrado el contrato. Alguna parte de la doctrina considera que podría hablarse de una presunción de conocimiento de la cláusula si el acreedor tuvo la posibilidad de conocerla, con la idea de que la no objeción equivale a su aceptación. Esta posición facilitaría la postura empresarial cuando las cláusulas resultan insertadas en boletas, tiquetes o carteles; sin embargo, esta última no parece ser la más acertada, porque daría lugar a abusos por la parte fuerte, ya que ella prestablece el contenido del contrato y sus cláusulas mediante un contrato de adhesión sin posibilidades de negociación. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*; Pérez, *Teoría general de las obligaciones*, 46. Barrera y Santos, *El daño justificado*, 97. Con acierto, la aceptación de la cláusula es un requisito para que esta exista; así lo acogió el Consejo de Estado con motivo de un contrato de servicios hospitalarios con el que se pretendía exonerar de responsabilidad con ocasión de la prestación de un servicio médico, pero la cláusula no se consideró válida frente al paciente, sino entre las instituciones de salud; por tanto, se les condenó solidariamente. Consejo de Estado, *Sección III de 30 de julio de 2008*, Rad.: 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483). Posición similar sobre la aceptación como requisito de existencia y oponibilidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se había sostenido para el caso de una EPS en Consejo de Estado, *Sección III de 23 de septiembre de 2009*, Exp. 17892.

115 Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad no pueden confundirse con la asunción o aceptación del riesgo, figura esta última en la que opera el consentimiento del titular del derecho para sufrir un perjuicio derivado de un acto o comportamiento específico del deudor. La diferencia radica en que la figura de la asunción del riesgo solo opera cuando la culpa del deudor no está probada, pues si se llegara a probar, la figura carecería de efectos. En las cláusulas de exoneración o limitación, se excluye la responsabilidad del deudor aun por un incumplimiento culpable. Se está en presencia de la figura de la asunción de riesgos en la medida en que la culpa del deudor no opere o que el defecto sea tan evidente e importante que llame la atención de quien va a asumir el riesgo, de modo que sea consciente de la existencia del riesgo y de la posibilidad de que se produzca un daño, así como de la gravedad de este último, por ejemplo, una persona, conocedora del evidente estado de embriaguez de otra, decide subir al vehículo conducido por la embriagada; en este caso, la persona que sube al vehículo asume los riesgos de un accidente, derivado de un transporte a título de cortesía. Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 18. Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile* (París: Pichon & Durand-Auzias, 1969), 206 y ss. Mazeaud, Mazeaud y Chabas, *Leçons de Droit Civil, obligations*, 759.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

debido a su indeterminación evolutiva, pero en todo caso deberá ser respetado, pues el respeto es condición de validez para cualquier tipo de negocio jurídico y, dentro de estos, las cláusulas de irresponsabilidad, porque su concepto contiene prohibiciones sociales aplicables a toda manifestación de la libertad contractual.¹¹⁶ En el Derecho privado son de orden público los principios en cuya conservación tanto el Estado y la sociedad tienen un interés considerable. Es un concepto totalizador que engloba tanto a las buenas costumbres¹¹⁷ como a las normas imperativas¹¹⁸ y, al estar inspirado en el interés colectivo general, tiene por finalidad asegurar la organización de la sociedad y su correcto funcionamiento.

Debido a que el orden público contractual carece de una definición precisa, por su carácter evolutivo para adecuarse a las realidades concretas, utiliza como medio la jurisprudencia que, para identificar cuáles normas son de orden público y cuáles de orden privado, observa el fundamento y fin de cada norma, con el objeto de poder determinar cuál es el verdadero carácter de un texto de ley, según se haya dirigido o destinado en beneficio de la comunidad.¹¹⁹

El orden público, como límite a la autonomía privada por ser un concepto evolutivo y amplio, incluye los principios de la estructura política y económica de

116 François Terre, Philippe Simler y Yves Laquette, *Droit Civil. Les obligations* (Paris: Dalloz, 2013), 373 y ss.; Mauricio Tapia, *Código Civil 1855-2005 evolución y perspectivas* (Santiago: Jurídica de Chile, 2005), 231-236, 243-253, 259-260.

117 Las buenas costumbres, como aspecto moral del orden público, han evolucionado para controlar la inmoralidad y las malas prácticas comerciales, como serían los abusos de poder. Así, el modelo del hombre perfecto no parece abandonado, sino complementado con el del buen comerciante. Las buenas costumbres son una noción que deberá interpretarse por medio de las conductas internas socialmente tolerables en un contexto determinado. Tapia, *Código Civil 1855-2005 evolución y perspectivas*, 262.

118 Se consideran normas imperativas, en principio: los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que amenace sus bienes más esenciales. En fin, si al derogar un texto legal, una estipulación contractual ataca a las buenas costumbres, esa norma suprimida reviste un carácter imperativo. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1938*. Las normas imperativas son reconocidas como un límite a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y, en caso de contrariarlas, serán nulas (Artículo 899 del Código del Comercio), sanción que, en un sentido genérico e impreciso, se entiende como ineficacia (literal a, numeral 2, Artículo 184; inciso 2, numeral 4, Artículo 98 y numeral 3, Artículo 100, Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*, Exp. 5670, folio 38; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 19 febrero de 2003*, Exp. 6571, folio 35. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 mayo de 1946*.

119 Los derechos originados en leyes permisivas admiten su renuncia; en cambio, son irrenunciables aquellos derechos cuya renuncia está prohibida por normas de orden público, de interés colectivo y social, por normas imperativas o las buenas costumbres, por ejemplo, según el Código Civil, no se puede renunciar al derecho a hacer uso de la acción de nulidad (Artículo 1526), al derecho de pedir la nulidad (Artículo 1673) y al derecho a intentar la acción rescisoria por lesión (Artículo 1950). Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de junio de 1940*.

la sociedad, que son intrínsecos a la normativa jurídica vigente. De esta manera, el orden público¹²⁰ se ha concebido con dos acepciones:

- Orden público político, compuesto por la noción clásica de orden público encaminado a proteger la estructura del Estado, de la familia, la libertad y la integridad de los individuos.
- Orden público económico, con sus orígenes en el siglo XX de la época contemporánea. Se caracteriza por expresarse mediante un sentido intervencionista dentro del cual se distinguen: por una parte, el orden público económico de protección, cuya finalidad es proteger en ciertas relaciones contractuales a la parte débil o al contratante que sufrió la imposición de ciertas condiciones inequitativas. Dentro de este se encuentra toda la normativa de protección de consumidores y, por otra, el orden público económico de estructura y dirección económica, constituido por los criterios que conducen la actividad económica e incluye la normativa anti-monopolística y contra la competencia desleal.

Para todo contrato civil o mercantil, esos límites de orden público se basan en las normas generales de los contratos o negocios jurídicos (Artículos 1519 y 16, Código Civil), pues las cláusulas restrictivas de responsabilidad funcionan como un negocio jurídico autónomo y, como tal, no son más que una cláusula dentro de un contrato, con la cual el deudor, antes de la ocurrencia de los daños o perjuicios, pacta con su acreedor para restringir la responsabilidad que se puede generar, con independencia de la nominación que se le dé a la cláusula, si con su contenido, sus efectos o su aplicación recae sobre las consecuencias, condiciones o efectos de la responsabilidad, de manera que habría una limitación o exoneración de la reparación debida por el deudor.

Los controles de orden público contractual aplicables a las cláusulas restrictivas por razones de orden público contractual se aplicarán en general a cualquier contrato de Derecho privado de índole civil, comercial o estatal, siempre que se esté en contratos paritarios o simétricos. Como controles de eficacia de las cláusulas restrictivas se tiene:

- a. El control típico y milenar del Derecho antiguo romano que aún se mantiene y es el que establece que las cláusulas restrictivas de responsabilidad

120 Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto privato* (Milán: Giuffré, 1998), 225-229; Carbonnier, *Droit civil*, 145-148.

no serán válidas si con ellas el deudor pretende restringir la responsabilidad que causa su incumplimiento cometido con dolo o culpa grave. Se está ante el mínimo contractual, que es indisponible por razones de moral contractual, ya que permitir alterarlo contradeciría todo ánimo de obligarse (Artículos 63 y 1522, Código Civil).

- b. Que con las cláusulas no contraríen normas imperativas. Es una clara aplicación de las normas constitucionales (Artículo 230, Constitución Nacional) y del mismo régimen civil, pues se trata de normas indisponibles por actos de libertad contractual (Artículo 1523, Código Civil). Lo curioso es que dentro de este control entrarían todas aquellas normas en las que la jurisprudencia considere que está en juego el orden público, como sería el evento del mínimo contractual obligacional mencionado en el párrafo precedente y las normas de consumo que serían aplicables a todo contrato en el que haya un consumidor frente a un empresario y contrate en una relación de consumo, es decir, para satisfacer sus necesidades básicas y ajenas a su actividad económica o los derechos fundamentales.
- c. Que las cláusulas no generen un desequilibrio excesivo de las obligaciones y los deberes de las partes, o sea, un desequilibrio normativo. Esto es lo que marca el principio de protección del equilibrio en los contratos simétricos con base en aplicación de la buena fe objetiva, lealtad y corrección contractual, a fin de que las partes se comporten de manera razonable, mantengan la equidad y eviten abusos (Artículos 83, 13, 95 y 333, inciso 4, Constitución Nacional; 1603, Código Civil; 8, Ley 153 de 1887;¹²¹ 871, Código de Comercio).

Es de anotar que parte de las ideas que son un desarrollo del equilibrio contractual son los imperativos de proporcionalidad contractual, las obligaciones de información y la transparencia contractual ampliamente reconocidas en Derecho de Consumo,¹²² a fin de evitar abuso de una de las partes sobre la otra. En el derecho de consumo se imponen como obligaciones contractuales el deber de pactar

121 La Ley 153 de 1887 (Artículo 4) establece que los principios del Derecho sirven para ilustrar los casos dudosos.

122 Para un análisis detallado de la protección al adherente con las obligaciones de información, los requisitos de claridad e inteligibilidad del clausulado, el concepto de equilibrio y la buena fe en los contratos de consumo, se remite a Cristina Amato, *Per un Diritto europe dei contratti con i consumatori: problema e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordenamento italiano e nel Regno Unito* (Milán: Giuffrè, 2003), 71 y ss.

los contratos en las lenguas oficiales del país de donde son las partes y de donde se celebra y ejecuta el contrato; así mismo, que se redacte de manera clara, en caracteres legibles y, en especial con respecto a las cláusulas gravosas para una de las partes, en un color llamativo, como sería el caso de las cláusulas potencialmente abusivas como las de exoneración y limitación de responsabilidad.

- d. Que las cláusulas restrictivas de responsabilidad no afecten la salud y la integridad físico-psíquica y vida de la persona, pues no podrían afectar las normas de orden público superior como son los derechos fundamentales, porque ellos son indisponibles¹²³ (Artículos 11, 12, 44 y 78, Constitución Nacional). Una vez se presente el daño, pasaría a ser un derecho patrimonial que se puede transar o perdonar, pero no antes de que este mismo ocurra; de ahí la importancia de que las cláusulas restrictivas no se confundan con la transacción, porque la primera es *ex ante* y la segunda *ex post* a la ocurrencia del daño.

Las cláusulas restrictivas por daño a la persona no solo serían ilegales, sino abusivas en todos los contratos, incluidos los de consumo con regímenes especiales que no guarden silencio sobre esta cláusula como abusiva. Se está con claridad en aplicación de un evento de constitucionalización del Derecho privado, porque con el pacto restrictivo de responsabilidad están en peligro unos derechos fundamentales como la vida (Artículo 11, Constitución Nacional) y la salud (Ley Estatutaria de la Salud de 2015), pues ellos se aplican de manera directa sobre las cláusulas contractuales como un control para favorecer a los débiles.¹²⁴ El hecho de que la ley consagre baremos o tablas de reparación tiene como finalidad garantizar a la víctima un mínimo indemnizable; de por sí, esas tablas no son inconstitucionales, pero lo que sí se tiene que estar revisando son los mecanismos

123 Cabe recordar que en Colombia, con la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, se regula la salud como un derecho fundamental autónomo irrenunciable (Artículo 2) por temas de dignidad a la persona. La Constitución reconocía como derechos fundamentales la vida, salud e integridad psicofísica de los niños (Artículo 44) y la Corte Constitucional reconocía el derecho a la salud para las demás personas como fundamental por conexidad con el derecho fundamental a la vida (Artículo 11, Constitución Nacional) tanto en las Sentencias T-491 de 1992, Exp. T-2193; T-597 de 1993, Exp. T-21469 y en la T-046 de 2003, Exp. T- 664758. Luego reconocería el derecho a la salud no solo como un servicio, sino como derecho fundamental autónomo de los pacientes por dignidad a la persona en la T-016 de 2007, Exp. T-1405186, posición reiterada en la T-161 de 2013, Exp. T-3.714.929.

124 Joaquín Emilio Acosta Rodríguez, "La constitucionalización de la buena fe contractual: perspectivas para la seguridad negocial", en *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*, dir. Álvaro Echeverri (Bogotá: Ibáñez, 2013); Sierra, Abdon. "Panorama actual de la constitucionalización del Derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas", *Revista Justicia Juris* 7, núm. 1 (2011): 123 y ss.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

de actualización, de modo que garanticen una efectiva y adecuada reparación integral para las víctimas.

En la década del cincuenta se había pensado en la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad por daño a la persona, bajo el argumento de que la vida era invaluable y que con ello no se estaba atentando contra el derecho a la vida, porque incluso existían limitaciones legales al resarcimiento por ese tipo de daños. Ahora es claro que ni por la salud, integridad y menos por la vida de alguien esas cláusulas tendrían alguna validez, porque tienen objeto ilícito por una aplicación directa de la Constitución.¹²⁵

- e. Las cláusulas restrictivas tampoco pueden contrariar las buenas costumbres¹²⁶ (Artículo 13, Ley 153 de 1887; 16, Código Civil), criterio que aunque es la parte moral del orden público, junto con la equidad y lo que se considera razonable, su imprecisión da al juez un amplio campo de actuación que le permitirá fluctuar según la tolerancia de la época. Con su aplicación se busca mantener la dignidad e integridad de las personas en la sociedad. En los fallos en los que suele aplicar como mecanismo de control las buenas costumbres, se hace referencia a ellas y, de manera simultánea, al orden público en general. Por ejemplo, se ha considerado contraria a las buenas costumbres una cláusula que exonera de toda responsabilidad a un laboratorio fotográfico ante la pérdida de unas películas fotográficas que se han dejado en depósito.¹²⁷

Por tradición se ha protegido a la sociedad desde una moral laica, a fin de salvaguardar:

1. La dignidad y libertad humana, por ejemplo, contra los deportes violentos o con los Códigos Deontológicos de la Medicina y la Salud.

125 Se trata de un avance en Colombia que cierra toda duda, como ocurre en el Derecho holandés e italiano. Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 229. También serían contra las buenas costumbres y el orden público las cláusulas restrictivas de responsabilidad por los daños causados a cualquiera de los derechos fundamentales o de la personalidad. Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, *Derecho Civil: de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 2010), 405.

126 Con el pacto de cláusulas restrictivas de responsabilidad se podrán contrariar las buenas costumbres. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1938*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462.

127 Jacques Ghestin, "Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives", *Recueil Dalloz* (1991): 449 y ss.

2. La moral sexual, para que se respete y proteja a los menores del libertinaje o desnudez y al matrimonio contra el concubinato.
3. Una conducta contra la especulación, a fin de evitar que haya ganancias inmorales que podrían traer enfermedades como la ludopatía o por el hecho de ganar de manera especulativa, sin esfuerzos, como la lotería, el juego de casino, incluso virtual, salvo autorización legal que regulan el tema de manera estricta. También se habla de negocios inmorales cuando se pacta una cesión de clientela en las profesiones liberales.

Lo cierto es que en el Derecho contemporáneo se relaciona el tema moral con los principios de lealtad, solidaridad, igualdad, proporcionalidad y fraternidad negocial.¹²⁸ Esta tendencia también es aplicada por el Derecho francés y el alemán para controlar los contenidos contractuales que contrarían la moral o las buenas costumbres, como por ejemplo, la exigencia de una fianza o caución exagerada para el cumplimiento de un contrato sin que esto se confunda con un depósito dado en garantía de cumplimiento.¹²⁹

- f. Formalidades *ad substantiam actus*. Estas no constituyen un límite de validez de carácter general para todo contrato, sino solo para los que la ley así lo establezca. Se trata de un control que recae más bien sobre la existencia de la cláusula restrictiva.

Este límite consiste en que las cláusulas restrictivas deben constar por escrito privado o por escritura pública (Artículo 12, Decreto 960 de 1970) si la ley lo exige en el contrato. Este requisito se exige cuando la misma ley establece que el contrato y las cláusulas forman parte del clausulado. Deberá celebrarse por escrito, como ocurre en los contratos estatales (Artículo 39, Ley 80 de 1993), en los de transporte de mercancía, en los que la cláusula deberá constar en la carta de porte (inciso 3, Artículo 1031, Código de Comercio) y para el transporte internacional de mercancías por carretera andina (Artículo 12, Decisión 399 de la Comisión Andina).

Como la formalidad del pacto por escrito como límite de validez constituye una autonomía privada, dicho control no podrá ser interpretado más que de

128 Jean Hauser y Jean Lemoulant, "Ordre public et bonnes moeurs", en *Répertoire de droit civil* (París: Dalloz, 2105), 163-183.

129 Denis Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?" en *Mélanges en hommage à François Terre* (París: Dalloz, 1999), 603.

manera estricta. Donde la ley no lo imponga, no podría exigirse de manera extensiva ni con una aplicación analógica para otros contratos, salvo la excepción de que las partes decidan aplicarla a un contrato que, en principio, era consensual y ahora deciden someter una de sus cláusulas o su integridad a la forma escrita.

- g. Cuando se está en presencia de contratos de consumo que podrán ser civiles o mercantiles o cuando la administración actúa como privado, se aplicará un régimen adicional de control en aquellos contratos en los que no exista otra reglamentación de consumo; en ese caso se aplicará el régimen de las cláusulas abusivas, por cuanto en su Artículo 43 la Ley 1480 de 2011 establece que son ineficaces dentro de un listado que las presume como abusivas, sin admitir prueba en contrario las cláusulas por las que:
1. Se limitan la responsabilidad del productor o proveedor, de modo que también se entenderá que hasta la exoneración, pues si están prohibidas las que exoneran el mínimo, también las que limitan el máximo de responsabilidad (numeral 1, Artículo 43, Ley 1480 de 2011). Se trata de una clara prohibición de cláusulas de la responsabilidad extracontractual del proveedor o productor por los daños que el consumidor sufre luego de que un tercero de la cadena distributiva le ha vendido el producto.
 2. Bajo varias nominaciones, se define un grupo de cláusulas que no tienen otro efecto final directo que una exoneración y limitación de responsabilidad; de esta se observan las que recaen sobre las acciones derivadas del incumplimiento contractual, al implicar una renuncia de sus derechos o acciones, a tal punto de que, sin importar su contenido o nominación, el efecto será el mismo: evitar la aplicación del régimen normal de la responsabilidad y limitar su accionar (nums. 2, 5, 8, 13 y 14. Artículo 43, Ley 1480 de 2011).
 3. Adicionalmente, se consagran aquellas cláusulas que, por referirse a aspectos procesales, restringen la responsabilidad, porque al dificultarse el ejercicio de las acciones, el efecto final es el mismo: la limitación o exoneración de la responsabilidad (numerales 3, 11 y 12). Sin embargo, el numeral 12 fue derogado, lo cual es contrario a las tendencias europeas, pues el hecho de que una parte solo pueda recurrir a la justicia arbitral para tener acceso a la justicia es la más clara muestra de una cláusula abusiva; por los costos que implica recurrir ante un arbitramento y más

si es ante una justicia arbitral foránea, si la parte débil ve que su derecho es mucho menor que los costos de activar un tribunal arbitral, preferirá no accionar. Esta situación constituirá el éxito del efecto de una cláusula de exoneración total indirecta, no solo por sus efectos, sino también por su aplicación, como lo es no responder. Lamentablemente fue derogada, con la fortuna de que, bajo el régimen general aplicable a toda cláusula abusiva en un contrato de consumo (Artículo 42), el juez igual podría considerarla como abusiva, toda vez que la lista no es taxativa mediante el control del test general de abusividad a cualquier cláusula que no esté en el listado (Artículos 42 y 43, Ley 1140 de 2011).¹³⁰ Si existiera un régimen de arbitramento de consumo gratuito y a costo de los empresarios en los contratos B2C, el control sobre las cláusulas abusivas y restrictivas de responsabilidad sería un éxito de eficacia.

En Colombia existe una justicia arbitral costosa en las Cámaras de Comercio, que se aplica en especial en contratos estatales o privados de alto costo de las pretensiones; además, ante el exceso de expedientes en estudio en la justicia ordinaria (civil o administrativa) los tiempos que les toma a los jueces para que la Sección Tercera del Consejo de Estado o la Sala Civil de la Corte Suprema diriman una controversia, resulta más ágil acudir a la justicia arbitral, porque suele poner fin a una controversia entre un año y máximo dos después de iniciada y le generaría menos costos por los pagos de la condena a la parte vencida, en especial cuando hay lugar a liquidar intereses moratorios. Ello no puede ser una excusa para que se imponga a la parte débil recurrir ante este tipo de justicias para tener derecho a una indemnización o reparación; de ahí que lo ideal sería que existiera un tribunal de arbitramento de consumo como un mecanismo eficiente, ágil y económico para los consumidores, con fuertes sanciones en caso de que la parte fuerte salga vencida y con efectos no solo interpartes, sino *erga omnes* sobre los formularios futuros de los demás competidores del mercado que tengan cláusulas similares o iguales, como también sería ideal la existencia de controles previos y posteriores sobre las cláusulas abusivas.

130 José Manuel Gual, "Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas", en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dir. José Manuel Gual y Juan Villalba (Bogotá: Ibáñez, 2013), 353 y ss.

4. También llama la atención que las cláusulas restrictivas de responsabilidad se hayan consagrado en diferentes leyes especiales de consumo, de manera presunta como abusivas dentro de una lista gris que admite prueba en contrario o dentro de una lista negra que, de pleno derecho, las considera abusivas, pues ellas tienen como finalidad hacer más gravosa la condición del débil deudor contra la buena fe contractual o por ser generadoras de excesivos desequilibrios normativos.

Así, se encuentran en común de manera presuntamente abusivas en las Leyes 142 de 1994 sobre servicios públicos bajo una lista gris, la Ley 1328 de 2009 sobre consumidores financieros con una lista negra complementada por la SIF. La Ley 1480 de 2011 sobre el consumidor en general, en un par de resoluciones de la CRC sobre servicios de comunicaciones y servicio postal y en un acuerdo de la CNT sobre servicio de televisión hay listas negras, que permiten arrojar los siguientes cuadros esquemático y comparativo.

Se presentan dos cuadros con dichas cláusulas restrictivas, catalogadas de manera presunta dentro de 109 cláusulas que el legislador presume como abusivas, lo que permitirá observar los puntos comunes de unas 66 microtipologías de cláusulas restrictivas de responsabilidad entre directas e indirectas mencionadas en la ley nacional, y sin pretender ser exhaustivo, podrían agruparse por sus aspectos comunes o criterios generales en unos cuatro grandes grupos como una especie de macrotipología de cláusulas restrictivas.

En todo caso, esas 109 cláusulas que se presentan en las leyes en Colombia como presuntamente abusivas bajo los criterios de listas (negras o grises) tienen elementos comunes con muchas de las listas que también se presentan en los códigos tipo como el CESL o en las legislaciones armonizadas como las Directivas UE 13/93 y 83/11 con el fin de poder identificarlas, pues en ellas también se incluyen las grandes tipologías de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, sea porque limitan o exoneran la responsabilidad del deudor.¹³¹ Además, los cuadros ofrecen toda la normativa vigente en temas de tipo de cláusulas restrictivas de responsabilidad dentro del criterio de listas que las pueden hacer presumir como

.....
131 Un mismo ejercicio de identificación puede hacerse con las cláusulas abusivas, pues también en ellas se encuentran unos grupos dentro de los que cabrían las demás. Vincenzo Roppo, "Clausole abusive", *Enc. Giur. Trecanni*, t. 7 (1994), 2.

abusivas por generar desequilibrios normativos importantes contra la buena fe, según lo expresa el criterio general del Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.¹³²

Tabla 1 Comparativo de las cláusulas restrictivas de responsabilidad establecidas como presuntamente abusivas en la legislación colombiana

Norma	L. 1480/11	L. 142/94	CRC	CRC	CNT
Macro grupo de cláusula restrictiva	Consumidor en general	Consumidor de servicios públicos domiciliarios	Res. 3066/11 Consumidor de servicios de comunicaciones	Res. 3038/11 Consumidor de servicios postales	Ac. 11/06 Consumidor de servicios de televisión por suscripción
Tipo de lista	Negra	Gris	Negra	Negra	Negra
De modificación, exclusión o limitación de responsabilidad del deudor	Art. 43 num. 1,4 y 5	Arts. 133. 1 y 133.18	Art. 14. num. 1 y 6	Art. 7 lit. a	Art. 25 lit. a
De inversión de la carga de la prueba	Art. 43 num. 3, 9	Arts. 133.8 133.14 lit. b			
De limitación o renuncia de derechos y acciones	Art. 43 num. 2 ,8, 13 y 14	Arts. 133. 3, 133.6, 133.9 133.17, 133.18, 133-21, 133.23, 133.24, 133.25	Art. 14 num. 2 4 , 8, 9 , 10	Art. 7 lit. d, c y d	Art. 25 lit. c, f, h, k
De limitación de acceso a la justicia	Art. 43 num. 11, 12.	Arts. 133. 10, 133.11, 133.14, 133.15			

132 Gustavo Valbuena, "Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dir. Carmen Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 389 y ss.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Total de cláusulas presuntamente abusivas consagradas en la norma	14	25	11	4	11
Total de microtipología de cláusulas restrictivas	11	16	7	4	5

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2 Comparativo de la normativa para el sector del consumidor financiero con cláusulas restrictivas de responsabilidad que pueden ser abusivas

Normativa	L. 1328/09 Consumidor financiero	Circ. 039 SIF
Macrogrupo de cláusulas restrictivas		
Tipo de lista	Negra	Gris oscura al admitir autorización
De modificación, exclusión o limitación de responsabilidad del deudor	Art. 11 num. 4	Art. 10.1.1 lit. a incs. 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Art. 10.1.2 lit. a inc. 4
De inversión de la carga de la prueba	Art. 11 num. 2 Art. 12 num. 3	Art. 10.1.1 lit. a inc. 2 y 5
De limitación o renuncia de derechos y acciones	Art. 11 num. 1	Art. 10.1.1 lit. a num. 5, Art. 10.1.1 lit. b num. 3, Art. 10.1.2 lit. a inc. 1 y 3, Art. 10.3 inc. 5.
De limitación de acceso a la justicia		Art. 10.1.1 lit. b inc. 3, Art. 10.1.2 lit. a inc. 2.

Total de cláusulas presuntamente abusivas consagradas en las normas	9	35
Total de microtipología de cláusulas restrictivas	4	19

Fuente: elaboración propia.

- e. En relación con el incumplimiento debido a causa de los auxiliares del deudor, se admite una exoneración o limitación de la responsabilidad del deudor frente al hecho de sus auxiliares solo en la medida en que el deudor podría hacerlo por su propio incumplimiento¹³³ (Artículo 1738, Código Civil). En efecto, el deudor se vale de sus auxiliares para cumplir sus obligaciones y, ante el incumplimiento de estos, se ocasiona un daño al acreedor, del cual no sería justo exonerar al deudor si el incumplimiento es debido a culpa grave o dolo de sus propios auxiliares, como tampoco cuando con el pacto o los efectos de la cláusula restrictiva de responsabilidad se violan normas de orden público.¹³⁴

133 Que el deudor responda por sus auxiliares es la posición que aplicaría en materia administrativa conforme a las normas del Código Civil. Consejo de Estado, *Sección I de 16 de noviembre de 2001*, Exp. 6587; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 18 de noviembre de 1982*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*; Usuga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 76; Pérez, *Teoría general de las obligaciones*, 47.

134 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 mayo de 1946*.

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ANÁLISIS DE LA TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

Sección 1. Cláusulas de delimitación del objeto

Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Previo al incumplimiento del contrato, las partes pueden pactar diversas formas de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad,¹³⁵ por ejemplo, aquellas que hacen referencia a la modalidad o al monto de la reparación, por las cuales se pacta un porcentaje de los daños a reparar o aquellas que recaen sobre el derecho a la reparación, por las que se exonera al deudor de la carga de reparar ciertos daños.¹³⁶ La modalidad como se presenten tales cláusulas restrictivas dependerá de la imaginación de los contratantes¹³⁷ y, aunque podría pensarse que

135 La presentación de cláusulas sobre la reparación es muy variada y suelen estar dentro de las condiciones generales del contrato de los instrumentos negociales, en las cuales aparecen redactadas en letras minúsculas, en un ticket o en facturas. Laurent Aynès, "Droit français", en *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990* (París: LGDJ, 1991), 8.

136 Delebecque, "Régime de la réparation", 9.

137 Samuel Yong, *Introducción a la responsabilidad pública y privada* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012), 409.

se trata de un criterio demasiado amplio,¹³⁸ lo cierto es que si no se controla el desequilibrio normativo que la misma parte fuerte suele preestablecer a su favor en contratos negociados o por adhesión con consumidores o empresarios menos fuertes bajo la asimetría contractual, lograrían restringir su responsabilidad por el efecto de las cláusulas contractuales. Al utilizar todo tipo de cláusulas que, por su contenido, no son en principio exonerativas o limitativas de responsabilidad, pero por sus efectos o consecuencias sí lo serían, se inspiran las normas de protección contra cláusulas abusivas en las listas grises del Derecho alemán, italiano y francés. Piénsese por ejemplo, en aquellas que afectan los derechos a la reclamación de daños o las que tienen que ver con aspectos procesales como la carga de la prueba o las prescripciones alteradas por debajo de los términos legales o incluso las de tribunales competentes y el foro del mismo.

El régimen colombiano no establece una norma que constituya una regla o un principio general en relación con el régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad,¹³⁹ no obstante, reconoce la validez de principio de tales cláusulas por vía de la interpretación del ordenamiento en general, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.¹⁴⁰

Dar una definición conceptual sobre las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad no resulta fácil, a pesar de que es una figura que data del antiguo Derecho Romano. Gozan de mayor auge práctico en nuestra era moderna, pues su uso ha sido impulsado con el maquinismo de la era industrial, a tal punto que los abusos que se empezaron a cometer con ellas se ubican cronológicamente en la década del cincuenta. Esta situación dio lugar al necesario incremento de sus controles de validez, sin que se pueda compartir la posición según la cual ellas deberían prohibirse en su totalidad o presumirse de derecho abusivas.

Sin embargo, ello no ha sido un obstáculo para que su empleo sea constante en el comercio, por cuanto constituyen un interesante mecanismo con el que cuentan los comerciantes para evitar o trasladar los riesgos que conlleva una reparación

138 Juan Rezzonico, *Contratos con cláusulas predispuestas: condiciones negociables generales* (Buenos Aires: Astrea de A. y R. DePalma, 1987), 492 y 496.

139 Sin embargo, tienen una serie de normas dispersas de carácter específico sobre cláusulas restrictivas de responsabilidad, las cuales solo se refieren a determinados contratos particulares.

140 Usuga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 53 y ss.; Muñiz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, 75.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

de daños. Su uso se ha hecho habitual en los países que no cuentan con mayores leyes sustanciales o grandes desarrollos en tema de protección de la simetría y del equilibrio contractual; la conciencia de la parte débil sobre el tema es poca y, aunque cuenten con esos mecanismos, la protección resulta ineficiente por fallas en la manera procesal, en especial por el establecimiento de formas o modelos en la presentación de las peticiones para defender los derechos de los consumidores que no resultan adecuadas para ellos o porque los procesos son tan lentos, que una protección efectiva demora años; otras veces sucede que las sanciones tienen un alcance limitado solo a las partes y carecen de efectos *erga omnes*, no existen controles administrativos del Estado de manera previa a que se masifique el contrato o faltan órganos que orienten a las partes débiles y a los jueces sobre el contenido de la figura.

Lo anterior se suma al hecho de que, pese a las leyes de protección, los comerciantes han ideado una tipología de cláusulas que no es fácil identificar como restrictiva de responsabilidad dentro de los términos jurídicos, puesto que quien es conocedor y tiene un buen manejo económico de su actividad mercantil, prevé los daños que su incumplimiento contractual puede causar o es consciente de los riesgos que su actividad profesional puede causar y pacta sobre ellos para evitar o limitar su responsabilidad o la obligación de reparar los perjuicios que cause —de manera contractual o aquilina— a cualquiera de los miembros de la cadena de distribución de productos (proveedores, ensambladores, importadores y vendedores) o a los destinatarios finales, una vez son puestos en circulación.

Se hace necesario un estudio del concepto con respecto al estado actual de las cláusulas restrictivas, más cuando la nueva Ley 1480 de 2011 las presume abusivas y, en consecuencia, prohibidas en los contratos de consumo, tipo contractual que permea con gran influencia todo el Derecho obligacional, contractual y de la responsabilidad.

También es cierto que el concepto de la cláusula restrictiva podría confundirse con otras cláusulas que no tienen nada que ver con las cláusulas restrictivas de responsabilidad; es el caso de las cláusulas de traslado de la reparación, las cuales suelen estar permitidas en los ordenamientos que más se han preocupado por ellas, como el italiano, francés, alemán e inglés, pues ellas garantizan una reparación efectiva a la víctima mediante un tercero, que es una aseguradora profesional, lo que mantiene uno de los grandes avances de la responsabilidad de los

últimos cien años. En Colombia se han incluido entre las cláusulas abusivas de la Ley 1480 de 2011, lo cual parece carecer de todo sentido y lo que persigue es que la víctima sea resarcida por alguien aunque el causante no tenga los medios.

Para elaborar un concepto sobre las cláusulas restrictivas o de exoneración y limitación de responsabilidad, se parte de la base de que ellas engloban una muy variada tipología; por ello, con su contenido, eliminan, modifican, aligeran, evaden o limitan la responsabilidad que correspondería al deudor como la obligación de reparar daños por incumplimiento o por el acontecer de hechos ilícitos civiles que también tienen un resultado dañoso.

El concepto evoluciona por el uso que se hace de ellas, a tal punto que para evadir la responsabilidad de los contratos con obligaciones de resultado, incluso con modificación del objeto de la obligación contractual, el futuro deudor transforma una obligación de resultado en una de medios.

También se suelen señalar los eventos que se entenderían como culpa exclusiva de la víctima y así excluir la responsabilidad por el nexo de causalidad.

La ubicación conceptual se centra en dos tipos de cláusulas sobre las que se puede afectar la responsabilidad. Son ellas las de delimitación del objeto de la obligación (Sección 1) y las restrictivas de responsabilidad (Sección 2).

Sección 1. Cláusulas de delimitación del objeto

Mediante unas cláusulas que buscan determinar las obligaciones del contrato, por cuanto en principio por su contenido recae sobre el objeto contractual, las partes logran el fin último perseguido con las restrictivas de responsabilidad, que no es otro que una exoneración o limitación de la responsabilidad del deudor.

Este es el modelo de control que se hace por vía del objeto o de la aplicación de las cláusulas cuando se plantea en los Principios Lando (PDEC) y el BGB alemán que las cláusulas restrictivas de responsabilidad incluyen de manera acertada no solo a las que por su contenido así lo hacen, sino también a las que por su efecto también consiguen esa finalidad.

Al parecer, ya poco importa el objeto obligacional o la denominación que le den las partes, pues si bien antiguamente una cláusula del objeto no se controlaba, porque escoger el tipo y contenido contractual era un tema de autonomía de la voluntad, con las cláusulas del objeto se pretende determinar las obligaciones

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

contractuales, a fin de definir las obligaciones de la esencia del negocio y tener claro sobre qué se respondía y ante qué tipo de contrato se enfrentan las partes.

Si con esas cláusulas se pretende afectar el régimen de la responsabilidad a favor de alguna de las partes para disminuirlo, se deberán controlar como cláusulas restrictivas, sin importar su nominación o su contenido.

Ahora, lo que interesa más que el contenido es si por su efecto restringen el régimen de responsabilidad legal que les corresponde y se hubiera aplicado, de no existir dicha cláusula en el contrato.

Los efectos exonerativos se pueden apreciar al momento de su aplicación, a fin de verificar si ellas pretenden restringir, evadir, limitar o excluir la responsabilidad, entendida esta como el derecho a la reparación de daños contractuales o extracontractuales.¹⁴¹

Es como si, ante un contrato que piensa celebrar, un individuo conocedor de la existencia de su posible responsabilidad decide, mediante una cláusula, aligerar las obligaciones que sin ella le hubieran correspondido; el efecto sería dejar de asumir las consecuencias de algún incumplimiento,¹⁴² pues ya no estaría obligado al mismo.

Por ejemplo, si una constructora pacta una fecha indeterminada para la entrega de un apartamento o pone un plazo que admite su propia modificación de manera unilateral mediante prórrogas que ella misma determinaría con plazos adicionales de tres meses, la parte acreedora o propietaria del bien o de la inversión carecería de la posibilidad de accionar por una indemnización o solicitar una reducción de precio, el reconocimiento de intereses o una resolución por incumplimiento; se estaría ante una típica cláusula del objeto que busca eludir la responsabilidad, pues convierte una obligación de resultado con plazo expreso y determinado en una de plazo variable indeterminado que deja su cumplimiento sometido a los mejores esfuerzos para que no haya prórrogas y sin derecho a reparación.

Ocurren eventos de cláusulas de delimitación del objeto con las que se logra un efecto limitativo o exonerativo de la reparación cuando.¹⁴³

141 Boris Starck, "Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité", 157 y ss.

142 Delebecque, "Régime de la réparation", 4.

143 Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 439-441.

- a. Se está ante una de las típicas obligaciones que se presumen solidarias por la ley y las partes deciden que, como se trata de una obligación con objeto divisible y pluralidad de sujetos en la parte deudora, se entenderá como una obligación parciaria. De esta manera, se reduce la responsabilidad mediante los porcentajes que se pacten o, como establece el Código, si hay silencio sobre el porcentaje, se hará por partes iguales. Sin embargo, se debe analizar en cuáles eventos esa solidaridad es de orden público, como sería la que tiene que ver con la prestación de los servicios de salud (Artículo 178 num. 6, Ley 100 de 1993), para evitar que con ellas se supriman válidamente las reglas de las obligaciones solidarias, por las que cada miembro del sujeto pasivo (deudor solidario) es un codeudor responsable de un mismo daño.
- b. Situación similar ocurre con las cláusulas de delimitación del objeto cuando se logra restringir la responsabilidad mediante un pacto de reducción de las garantías señaladas en la ley para ciertos productos o en ciertos contratos como la compraventa y la construcción. Aunque en teoría también se enfrenta ante una cláusula del objeto del contrato, por su efecto, lo que en realidad se pretende es reducir o disminuir los tiempos normales dentro de los cuales se respondería por un producto nuevo o por las acciones que se ofrecen en garantía por un cierto tiempo, como es la evicción. En otras palabras, cuanto menor tiempo de garantía, menor será la responsabilidad.
- c. Un último caso en el que se pueden obtener los mismos efectos exonerativos surge al modificar las causas extrañas, al punto de que mediante una cláusula del objeto se definen los eventos que se entenderán como de fuerza mayor o caso fortuito. Al ser parte este concepto de la causa extraña para romper el nexo y considerar como tales situaciones que no lo habían sido por la jurisprudencia, el efecto sería eludir la reparación por la ocurrencia de esos hechos señalados por las partes. Las situaciones que se consideran como casos de fuerza mayor o fortuitos son las que determinan la jurisprudencia y no las que las partes definen. Piénsese en una cláusula por la que, para evitar ciertos riesgos tradicionales de una actividad, se pacta que no se responderá por hurto, porque es considerado por las partes como caso fortuito, pero para la jurisprudencia ese evento

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

no cabe en esa figura; lo que hacen las partes es incluir eventualidades por las que no responderían, al considerarlas de fuerza mayor o caso fortuito, cuando son situaciones previsibles y resistibles.

En consecuencia, sea que se trate de una cláusula sobre el objeto o sobre la responsabilidad, si el efecto práctico es el mismo, ellas deberán controlarse como restrictivas de responsabilidad. Por la naturaleza de las cláusulas, la diferencia entre ellas radica en un aspecto teórico: mientras con la primera se suprimen obligaciones, con la segunda se recae sobre la sanción del incumplimiento obligacional.¹⁴⁴ En la práctica el hecho de que sean cláusulas del objeto no las hace válidas y lícitas *per se*, pues ellas también pueden dar lugar a abusos con un efecto de irresponsabilidad ligado a su efecto o aplicación.¹⁴⁵

Una de las mayores preocupaciones radica en que con las cláusulas del objeto se podría acabar con la esencia de un contrato, de manera que el deudor no se obligaría a lo que normalmente constituye la esencia del contrato o su obligación fundamental y, en consecuencia, no responder por ello.

Piénsese en un usuario de un depósito de vehículo que se encuentra ante un contrato atípico de parqueadero, pero si le roban el vehículo, estaría ante el contrato prestablecido mediante un formulario que se aplicaría por adhesión, por el que el prestador del servicio de parqueadero no se obliga a custodiar los vehículos, porque es un contrato de arrendamiento de espacios o de comodato. En Colombia, la Superintendencia Financiera (SIF) considera que a esos contratos se aplican las normas del depósito y, por otra parte, también deberá responder por el bien dejado, ya que la Ley 1480 (Artículo 18 num. 2) prohíbe ese tipo de cláusulas con esos efectos, al menos en los contratos que implican la entrega de un bien, como sería un depósito, y la considera abusiva por aplicación del Artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Parecería que la Ley 1480 de 2011 al referirse a la responsabilidad por accesorios en tema de depósito de vehículos es un poco excesiva y desequilibraría el

144 Francesco Benatti, "Le clausole di esonero da responsabilità", *Dig.disc.priv.sez.civ.* Vol. II, 4a ed. (Turín: UTET, 1988), 397 y ss.; Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 144 y ss.

145 Luciana Cabella Pisu y Giovanna Visintini, "Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento", en *Risarcimento del danno contrattuale e extracontrattuale*, dir. Pietro Rescigno (Milán: Giuffrè, 1999), 438 y ss.; Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 220; Christian Larroumet, *Droit Civil. Tome III. Les obligations le contrat* (París: Economica, 2003), 654-656; Germana Adriano, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile* (Roma: Aracne, 2009), 86 y ss.

contrato a favor del débil, pues obliga al parqueadero a lo imposible; este sujeto, como deudor, no conocería con certeza los bienes que tendría el usuario en su baúl. Hubiera bastado que la ley de consumo estableciera que solo se respondería por los bienes accesorios al automóvil declarados y, en ese caso, solo se respondería si se hace otro contrato de depósito adicional, que sería coligado al de parqueadero bajo la modalidad de una cajilla de seguridad que se ofrezca en el mismo lugar. En todo caso, se obliga a un negocio de parqueadero a que tenga o disponga de unas cajillas para que guarde bienes de los usuarios o tendría que responder por todos esos bienes no declarados.

Como quedó la Ley, el parqueadero se obliga a algo que desconoce de manera imperativa; sin embargo, la práctica comercial hace que los parqueaderos solo se obliguen a lo que se declare, pues con el mismo contrato también se obligan a lo accesorio por imposición de ley así se guarde silencio. Con o sin declaración, lo que ellos suelen hacer es determinar los objetos sobre los que ejercen la custodia para no responder de los que no se declaren, lo cual devuelve al tema de discusión: una cláusula restrictiva de la responsabilidad a la que los obliga la misma ley parecería ilícita y hasta abusiva. Entonces, resultaría adecuado que el parqueadero utilizara todos los medios probatorios que la tecnología le ofrece, para que, con o sin declaración, sepa con claridad qué es lo que custodia y que de ese archivo se tome firma del usuario, quien acepta que deja cierto tipo de bienes con su vehículo. Se recomienda que aunque no se tengan cajillas de seguridad, haya un formato en el que se declaren los bienes que se dejan con el vehículo, acompañado con videos o fotos. Sería gravoso para el parqueadero responder sin un contrato adicional y una internalización de costos o un seguro, pero esa es su obligación por ley y con carácter de orden público a favor del usuario.

Situaciones similares podrían presentarse en temas de cajillas de seguridad bancaria que, no obstante dejar los bienes en custodia al banco en la cajilla, este podría determinar que el usuario no podrá depositar bienes que superen un determinado valor (cláusula del objeto) que suele ser irrisorio y, además, pactar que en, caso de faltas de seguridad o de robos, incluso por los empleados, solo se responderá hasta el valor (irrisorio) que se estableció como tope del depósito.

Parece práctico que, ante la duda, a las dos cláusulas se les dé el mismo tratamiento, es decir, de una cláusula restrictiva de responsabilidad. Se trata de una interpretación a favor de la parte débil que podría ser un consumidor o un adherente

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

(Artículo 1624, Código Civil), a fin de mantener el equilibrio y la equidad contractual bajo principios de proporcionalidad, lealtad o fraternidad contractual y más cuando, desde hace un siglo, la responsabilidad tiende a proteger cada vez más a las víctimas de las actividades dañosas, pues en el caso de las cajillas, nadie deposita bienes de bajo valor, porque la esencia del contrato no es esa.

Interpretar en este sentido las cláusulas y el contrato es lo más adecuado, incluso en aplicación de la buena fe (Artículo 1603) como un criterio de interpretación intermedio entre objetivo y subjetivo.

Por lo expuesto, desde el punto de vista teórico, una cláusula del objeto del contrato determina a qué se obligan las partes y, en consecuencia, lleva a responder por eso a lo que se obligaron, pero en la práctica, por sus efectos, podría ser restrictivas de responsabilidad, como quiera que si las partes no se obligan desde el inicio a aquello que es la obligación fundamental del contrato, se evita que el futuro deudor responda y así evite las consecuencias de un incumplimiento. Es el caso de las cláusulas de garantías que en el sistema europeo, para evitar las discusiones anteriores, se han tratado de forma unánime desde la Directiva UE 44 de 1999. Lo mismo podría ocurrir con las cláusulas de la solidaridad, por las que lo que importa es ver si esta es o no de orden público y en los pactos sobre eventos de fuerza mayor, por los que se deberá observar la tendencia jurisprudencial de lo que así se llega a considerar por los jueces, para que el pacto sobre ese tipo de situaciones sea válido.

Bastaría ilustrar la situación cuando, en los contratos financieros de cajillas de seguridad, los bancos pactan por adhesión que la cajilla se utilizará solo para depositar bienes que no superen 5.000 dólares y que, en consecuencia, se responderá de acuerdo con la cifra tope establecida en dicho pacto. En efecto, parece que, más que obligarse a custodiar hasta 5.000 dólares, lo que en realidad hace es limitar la responsabilidad de la entidad hasta esa cifra. Con ello, desnaturaliza ese tipo de negocios, que ofrecen al usuario un depósito de bienes de un valor significativo. La situación se superaría si se ofrecieran alternativas de depositar bienes de mayor valor con tarifas diferenciadas.

Otros eventos en los que se suelen usar cláusulas de modificación del objeto del contrato para aligerar obligaciones es en temas de venta, obra civil — como sería cuando se contrata a alguien para hacer cualquier tipo de obra— o

en depósitos y, aunque en principio son del objeto, terminan por ser de no responsabilidad¹⁴⁶ debido a las obligaciones no asumidas, con lo que se excluye un derecho a la reparación y se desprotege a la víctima de los perjuicios, incluso en contratos de depósito, bancarios y de seguros.

Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Sean limitativas o exonerativas, pueden modificar de manera directa o indirecta las condiciones o los presupuestos,¹⁴⁷ efectos o consecuencias de las reglas que activan el régimen de la reparación contractual o extracontractual.

Dos teorías se han presentado sobre el concepto de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad: la primera sostiene que, dentro de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las de exoneración se refieren al *an debeatur*, entendido como el deber de resarcir el daño derivado de la responsabilidad, mientras las cláusulas limitativas se refieren al *quantum debeatur*.¹⁴⁸

Se trata de una posición que resulta objeto de crítica porque es limitativa del concepto de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. En efecto, esta primera posición no se comparte, por cuanto lleva a pensar que la diferencia entre una y otra especie de cláusula restrictiva de responsabilidad se reduce a un simple aspecto de la cantidad. Esta primera tesis es también criticable porque reduce el campo de aplicación de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Se trata de una tesis que carece de acogida, con base en el argumento de que esta tesis crea una posición que limita el concepto de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, pues, aunque trata de configurar los pactos sobre la responsabilidad y sus consecuencias, descuida

146 Se suelen denominar de manera indiferente las cláusulas restrictivas de responsabilidad como de irresponsabilidad o de no responsabilidad. Le Tourneau y Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 323.

147 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual", 143.

148 A partir de la estrecha relación entre la responsabilidad del deudor y sus consecuencias, para esta primera teoría, más que hablar de exoneración o atenuación de la responsabilidad parece más apropiado hablar de la exoneración o atenuación del deber de resarcir el daño que se deriva de la responsabilidad. Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* (Milán: Giuffrè, 1957), 341. De tal forma, con el pacto de total irresponsabilidad se excluye el nacimiento de responsabilidad y con ello la obligación de resarcir el daño, mientras que con la cláusula de limitación de responsabilidad, las partes exclusivamente podrán fijar un plafond máximo como límite dentro del cual debe hacerse la reparación; con esta última cláusula, se hace solo referencia al quantum como liquidación del daño y no como la cláusula de exoneración que se refiere al *an debeatur*, es decir, sobre la determinación de responsabilidad. Adriano de Cupis, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile* 1 (Milán: Giuffrè, 1979), 534.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

las otras formas de modificación convencional de la responsabilidad. El término responsabilidad no solo hace referencia al resarcimiento del daño, sino a todos los efectos que la ley otorga al incumplimiento.

De este modo, parece ser más apropiado sostener que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aluden a la asunción por parte del deudor de toda o alguna consecuencia o efecto que se derive de la inejecución de la obligación. De esta amplia forma se podrá limitar la responsabilidad por el grado de la culpa, del tipo de daño o limitar los efectos del incumplimiento.¹⁴⁹

Según la segunda teoría,¹⁵⁰ las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad actúan sobre el régimen de la responsabilidad y, además, el efecto de la limitación no se manifiesta con exclusividad al momento de la cuantificación del daño, sino también durante el amplio espacio del incumplimiento imputable.¹⁵¹

Esta segunda posición se apoya también en que el término “responsabilidad” sintetiza en un solo vocablo toda una compleja disciplina.¹⁵²

149 Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, 193; Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 9-10; Cesare Massimo Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art 1218-1229*. 2a ed. (Bologna-Roma: Zanichelli, 1979), 482; Manuel García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (Madrid: Tecnos, 1965), 94.

150 Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, 188; Francesco Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonerazione da responsabilità* (Milán: Giuffrè, 1971), 64. Entre las consecuencias del incumplimiento están aquellas que excluyen la importancia del retardo en el cumplimiento o el ejercicio de la acción de resolución, según el Artículo 1453 del Codice Civile.

151 Es la tesis que mayor acogida ha tenido en la doctrina moderna. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonerazione da responsabilità*, 66-67; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art 1218-1229*, 482. Las cláusulas sobre las sanciones al incumplimiento o inejecución son variadas y tienen como fin actuar sobre el derecho a la reparación. Philippe Delebecque y Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations. Responsabilité civile, contrat* (Paris: Litec, 1998), 177 y ss. Se sostiene con acierto que las partes pueden intervenir sobre la entidad del daño resarcible, con una cláusula con la cual de manera previa se fije el grado máximo del daño que se reparará en caso de incumplimiento; se acuerden las modalidades de la liquidación del daño; se altere la disciplina de distribución del riesgo; se lleve a que el acreedor se haga cargo de eventos que las normas asignan al deudor; se pacte que el deudor asuma una obligación de diligencia inferior a aquella que la ley dispositiva fija o que el deudor no se haga cargo de un resultado esperado por el acreedor, no obstante las normas dispositivas que regulan el contrato específico lo previeran. Con las cláusulas restrictivas de responsabilidad, podrían alterarse también los efectos del incumplimiento imputable, como sería el derecho del acreedor a pedir la resolución del contrato. Cass. sez. un., 1 julio 1994, n. 6225, en *Corr. giur.*, 1994, p. 967, nota de Carbone; en *Arch civ.*, 1994, p.1135, nota de Segreto. Resulta claro que el Artículo 1229 del Código Civil tiene dos campos de acción sobre las cláusulas restrictivas: el primero, sobre la limitación del grado de la diligencia y el segundo, sobre los efectos del incumplimiento imputable. Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 79.

152 Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, 188.

Al ser partidario de esta segunda tesis, que se seguirá a efectos del presente escrito, se comparte la posición por la cual se sostiene que a los límites de validez que se aplican a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se deberán someter todas aquellas cláusulas que produzcan como efecto —de manera directa o indirecta— una limitación o exoneración de responsabilidad, posición que se fundamenta en la aplicación del principio general de buena fe objetiva, como un principio o cláusula general que se analizaría y aplicaría como un criterio independiente de la intención subjetiva de los contratantes.¹⁵³

La tipología de las cláusulas de irresponsabilidad resulta ser muy variada. En efecto, podrían recaer sobre los criterios de imputación de la culpa o lo que por ella se entenderá como conducta causal del daño y alterar el régimen por el cual se respondería, según su graduación y tipo de contrato, al poder afectar el tipo de culpa o comportamiento que, en caso de incumplimiento, daría lugar a la reparación, si con ellas se invoca un régimen menor de culpa por el que se respondería dentro de cierto tipo de contrato (Artículos 63 y 1604 del CC), lo que en principio haría más gravosa la situación del acreedor víctima del incumplimiento. De esta manera, en los contratos en los que hay beneficio mutuo para ambas partes, estas podrían determinar, de manera válida, que si el incumplimiento derivó de la culpa del deudor o de sus auxiliares, con culpa leve o levísima, no se responderá o se hará de forma limitada y el deudor solo se obligará a tener un comportamiento contractual en caso de incumplimiento que sea sin su culpa grave o dolo. Esto porque han dejado solo a estos dos parámetros de comportamiento el posible nacimiento de la responsabilidad imputable en caso de incumplimiento, es decir, si no hay un actuar con negligencia burda o grotesca, hasta intencional, en el incumplimiento del deudor, este no respondería.

Sobre los tipos o la clasificación de daño (Artículo 1616, Código Civil), se podría determinar que, en caso de daño, solo se responderá por el lucro cesante o por el daño emergente,¹⁵⁴ pues por los inmateriales ello no parece válido, porque recaen sobre los daños a las persona, como a la salud física y síquica.

153 Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 80; Christian Larroumet, *Droit Civil. Tome III. Les obligations le contrat* (Paris: Economica, 2003), 649.

154 Un caso que se estudió en este sentido tuvo que ver con los daños por una cláusula restrictiva por lucro cesante que se aplicó a las empresas Auxin y Prodeco por parte de Carbocol, en el proceso de explotación de la mina de El Cerejón; solo se pagó el daño emergente, mas no el lucro cesante, por cuanto el Consejo de Estado, al interpretar una cláusula contractual, consideró que se trataba de una cláusula restrictiva de exoneración de daños por

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Sobre los eventos de nexo de causalidad como la relación causa-efecto de la que proviene un daño, no responderá si el daño proviene de una determinada relación de causa a efecto probable.

Sobre los tipos de incumplimiento (tardío, parcial, total, defectuoso o imperfecto), para exonerarse o limitar la reparación por dichas faltas a la obligación pactada.

También es posible pactarlas sobre los efectos de la responsabilidad; de este modo, se acordarían sobre el quantum o la cifra indemnizable limitada a un porcentaje o sobre las acciones y los derechos de la reparación que derivan del incumplimiento; se evita a la víctima acciones como la de resolución tácita, compensación o lesión enorme.

Todos esos tipos de cláusulas pueden agruparse en los macrotipos de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad¹⁵⁵ que forman parte del grupo denominado cláusulas restrictivas de la responsabilidad, a las cuales también se denomina cláusulas de irresponsabilidad,¹⁵⁶ no responsabilidad o sobre la responsabilidad, entre las que se encontrarán las del objeto de la obligación porque afectan la responsabilidad.

Ahora se ilustra la manera precisa cómo se ubican dentro de las cláusulas sobre la responsabilidad, que es el término genérico que abarca a todas las cláusulas que afectan la obligación de reparación de los daños. Dentro de este criterio genérico se encuentran dos grandes grupos, aún genéricos: uno, el de las cláusulas sobre la reparación, que se refiere a los derechos, las acciones y modalidades de la reparación y otro, el de las cláusulas sobre el objeto, que son aquellas por las cuales se delimitan las obligaciones de las partes.¹⁵⁷

terminación anticipada de un contrato estatal, la cual aceptó como válida en el estudio que se hiciera de un recurso de anulación interpuesto por Carbocol contra una laudo arbitral del 4 de marzo de 1988 que daría la razón a los demandantes, en el sentido de que no era una cláusula de limitación de responsabilidad, sino de reafirmación de responsabilidad, toda vez que en ella no se dijo que solo se respondería de daño emergente. Consejo de Estado, Sección III de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.

155 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el Derecho moderno de los contratos", 143.

156 Cristina Menichino, *Clausole di irresponsabilità contrattuale* (Milán: Giuffrè, 2008), 3.

157 Delebecque, "Régime de la réparation", 14-20.

El grupo de las cláusulas sobre la reparación se conforma por cuatro subgrupos, compuestos por la cláusula penal, la de traslado de la reparación, la de agravación de la responsabilidad y la restrictiva de responsabilidad o de irresponsabilidad.

Entre las cláusulas restrictivas de responsabilidad o de irresponsabilidad se ubican tanto las de exoneración como las limitativas de responsabilidad, ambas con una amplia tipología por su contenido, efecto o aplicación sin importar su nominación. Pretenden afectar las condiciones, los efectos o las consecuencias de la responsabilidad de manera directa o indirecta,¹⁵⁸ con el fin de aligerar, disminuir, eliminar o trasladar los riesgos de la responsabilidad a la otra parte (acreedora), a quien en principio no correspondían.

Se hace referencia a las cláusulas de exoneración o limitativas de responsabilidad, de modo indistinto, pues si bien en teoría podrían diferenciarse por los grados en los que la responsabilidad se afecta, en la práctica ello resulta casi imposible, como cuando recaen sobre derechos y acciones o determinan límites temporales, manejos de prueba e incluso jurisdicción y competencia de los jueces que conocerían de ellas en tema de conflictos. De ahí que ambas se sometan a los mismos requisitos de existencia y controles de validez. Además, en la práctica, suelen oponerse por el deudor (autor de las mismas) como excepción en las contestaciones de las demandas de reparación de daños.

Desde el punto de vista procesal, la víctima que actúa como actor frente al daño, para que la cláusula restrictiva no le sea aplicada de manera válida deberá solicitar en su primera pretensión que se declare la invalidez o ineficacia de dicha cláusula de irresponsabilidad, al punto que deberá requerir su nulidad o ineficacia, porque viola sus límites de validez. Solo así pasará, en la segunda pretensión, a pedir, por una parte, que se declare el incumplimiento, al probar sus tres condiciones (daño, culpa y nexo) y, por otra, la cuantificación del daño del cual se pretendía la exoneración.

Se trata de una pretensión previa a las de solicitud y prueba de daños, pues una vez decretada la nulidad o ineficacia de la cláusula restrictiva de responsabilidad por parte de los jueces, nada se opondría a la reparación, si se prueba tanto

.....
158 Una explicación esquemática del tema puede verse en Delebecque, "Régime de la réparation", 4-20; Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 25 y ss.; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 197, 129, 187, 142 y 150. García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, 126-127. Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 437-441.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

el incumplimiento como el daño y su cuantía, junto con las demás condiciones de la responsabilidad. En cuanto a la culpa, si se trata de un contrato sometido a una obligación de medios, se deberá probar, mientras que si es de resultado, al probar el incumplimiento se presumirá la culpa del deudor.

Si la cláusula restrictiva no es atacada o prospera como excepción a las pretensiones, el juez deberá verificar, de oficio, si ella es o no eficaz, ya que se podría considerar inválida, en especial bajo el régimen de la nulidad absoluta por objeto ilícito, como consecuencia de violar el orden público contractual. De lo contrario, así se declare el incumplimiento o la presencia de daño, no prosperaría su reparación debido a la existencia y validez de la cláusula de irresponsabilidad.

Por otra parte, según la voluntad de las partes para aligerar la responsabilidad, existe la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad, que pueden ser:

Directas

Se trata de un subgrupo por las que el deudor sostiene que no responderá por ciertos elementos o eventos o que lo hará solo por unos. Se destacan aquellas por las que se renuncia a algunos de los derechos o las acciones a las que el acreedor tiene derecho como consecuencia del evento dañoso o del incumplimiento.¹⁵⁹ Piénsese en la cláusula de irresolubilidad,¹⁶⁰ por la cual se prohíbe el derecho a resolver el contrato por incumplimiento o aquellas por las que se limita el quantum indemnizatorio¹⁶¹ e incluso aquellas con las que se modifican las condiciones del nacimiento de la responsabilidad (daño, nexos y culpa) o se restringe la responsabilidad con respecto a uno o varios tipos de incumplimiento (total, parcial, tardío, defectuoso, imperfecto y esencial). Sobre el incumplimiento esencial

159 Cuando mediante una cláusula limitativa de responsabilidad se renuncia al derecho de futuras reclamaciones, esta debe ser clara y precisa, pues no hay lugar a que ellas se presuman o admitan una interpretación analógica. Cámara de Comercio, *Laudo arbitral de 5 de mayo 1997. Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU*, 38-39. Se ha reconocido la existencia de una cláusula restrictiva como abusiva por un Laudo arbitral del 8 de septiembre de 2008, de Corpoaseo frente a Ama, citado en un interesante estudio que recopila los laudos más llamativos en tema de cláusulas abusivas: Yolima Prada, "De las cláusulas abusivas", en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, (Bogotá: Temis, 2010), 334.

160 Sobre un listado de las diferentes cláusulas, puede verse Menichino, *Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale*, 164.

161 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 1 septiembre de 2004*, Exp. 10253.

es interesante comentar que las partes podrían pactar que solo habría derecho a resolución por incumplimiento si este es de carácter esencial, es decir, un incumplimiento de tal entidad que justifique que se ejerza una resolución, pues lo que no parecería razonable es que cualquier tipo de incumplimiento, por ínfimo que sea, dé lugar a una resolución. Por ejemplo, piénsese en un contrato B2b-pyme, por el que un empresario le vende a otro 1.000 toneladas de papas para ser entregadas en el domicilio común de ambos, en un sitio que los dos han acordado y en una fecha que para ambos era razonable; llegada la fecha pactada, el deudor se presenta con 998 toneladas de la calidad exigida, pero el acreedor, al ver que no llegaron dos de las toneladas solicitadas decide aplicar la resolución automática por incumplimiento, demandar judicialmente la terminación del contrato y pedir la restitución de los dineros por el incumplimiento y la correspondiente indemnización de perjuicios. Parecería una solución exagerada ejercida por el acreedor, pero jurídicamente es correcta a la luz de nuestro sistema de Derecho privado, que por el simple incumplimiento permite al acreedor escoger entre una de dos opciones: el cumplimiento forzado o la resolución por incumplimiento del contrato y, en ambos casos, con la indemnización correspondiente de perjuicios. Si se hubiera pactado una cláusula restrictiva del derecho a la resolución solo para el caso de incumplimientos esenciales, en la que ellos hubieran determinado cuáles serían esos eventos de incumplimiento esencial y se hubiera dado una prórroga para el pago tardío de las dos toneladas faltantes, sea *in natura* o con devolución del dinero, se habría podido acordar hasta el pago de una cláusula penal de apremio y así evitar un conflicto judicial con una buena cláusula contractual equilibrada entre empresarios. Este sería el caso de una cláusula restrictiva de la acción de resolución permitida solo para incumplimientos esenciales (entendidos como aquellos que sean importantes o graves) de las obligaciones o si el cumplimiento parcial no genera interés o utilidad para el acreedor, el cual es uno de los temas que traen los PCCI de Unidroit (Artículo 7.3.1), los PDEC (Artículo 8:103, 9:301 y 8:106), el CEC (Artículo 107), los Principios Acquis (Artículo 8:301 num. 2) y el CESL (Artículos 87, 116 y 134), por los que solo se podrá pedir la resolución por incumplimiento si este es esencial o si es por retardo, pero con un plazo adicional razonable para que se cumpla. Se puede concluir que se considera incumplimiento esencial aquel que, según la naturaleza de las prestaciones, sea grave o importante y, además, recaiga sobre la obligación principal, con lo que

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

prive a la otra parte de lo que se había previsto. También lo sería si el incumplimiento es cometido con dolo.

Indirectas

Estas cláusulas surgen como consecuencia del hecho de que si la parte predisponente en los contratos asimétricos usa las cláusulas directas, es posible que la contraparte no desee contratar, lo cual no conviene a su mercado de productos. Así, sin dejar de informarlas se establecen cláusulas que, por su contenido, en principio, no restringen la responsabilidad, pero sus efectos o al momento de su aplicación, sí lo logran.

De esta manera, el comercio trata de evadir los controles a las cláusulas restrictivas y llega a los mismos efectos de manera indirecta, sin que el acreedor note, a primera vista, que se han instituido cláusulas que afectan la reparación en caso de incumplimiento o que ocurran hechos dañosos.

Las cláusulas indirectas restrictivas de responsabilidad recaen más sobre los aspectos procesales y tienen como finalidad dificultar el acceso a la justicia más que afectar los aspectos sustanciales de la teoría de la responsabilidad.

Con ellas quizás se estaría violando una obligación de información, porque si bien aparecen en el contrato —lo cual hace obligatorio que se informen—, podrían escapar al entendimiento de un consumidor medio, pues guardan silencio sobre los efectos que persiguen. Si se ejerce un control de transparencia contractual sobre ellas, se detectaría que pueden generar un desequilibrio normativo excesivo e injustificado, contrario a la buena fe, lo que haría muy probable que no superen el test de abusividad o sean contra la buena fe o ilícitas, por tener objeto ilícito.

La inquietud surge con respecto a que si la información debe ser clara, precisa y veraz, como lo impone el EC en los contratos de consumo. El interrogante será si esta información podría suministrarse en términos técnicos jurídicos o si sería necesario otorgarla en un lenguaje básico estándar, entendible para cualquier persona que celebra un contrato que, por estar obligada también a actuar de buena fe, no debería aceptarla si no la entiende.

La ley colombiana no soluciona el punto y la jurisprudencia aún no se ha manifestado; sin embargo, se creería que debieran informarse de manera general,

sin un lenguaje elaborado y tampoco en un contrato de gran extensión, pues la mayoría de los consumidores no leería todo el clausulado y terminaría desinformado, aunque técnicamente se cumpla con el requisito de informar.

Se trata de un subgrupo compuesto por aquellas cláusulas por las que se afecta la manera procesal de recurrir a una reparación.¹⁶² Dentro este grupo se destacan:

- Las cláusulas de inversión de la carga probatoria:¹⁶³ afectan la carga dinámica o la carga de probar y suelen usarse en Derecho bancario y de transporte para afectar las reglas normales de distribución que establece el *onus probandis*, en la medida en que es de orden público probar, pero no su carga. Esta situación afecta al consumidor y le dificulta la obtención de la reparación, al ponerlo en una situación de mayores trabas en la reclamación e incluso cuando se dificulta la reclamación mediante la tarificación de los medios probatorios como sucedería si se estableciera un único medio probatorio. Esta circunstancia podría surgir con las cláusulas del objeto, por las que una obligación de resultados se convierte en una de medios, pues el efecto sería acabar con la presunción de culpa del deudor y dar lugar al régimen normal de la de medio, que deberá ser probada por el acreedor.
- Las cláusulas que recortan los términos para el ejercicio de las acciones o recursos: el caso típico lo constituyen las que disminuyen el término para ejercer la resolución o señalan términos de prescripción o caducidad inferiores a los definidos por la legislación que rige un determinado contrato. Al respecto se observa que en el Derecho foráneo, en principio, son válidas.¹⁶⁴ Respecto a las cláusulas sobre los términos de prescripción, cabe

162 Etienne Montero, *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, dir. Marcel Fontaine y Genevieve Viney (París: LGCJ, 2001), 396.

163 Para la Corte, es permitido a las partes modificar la regla sobre la prueba del incumplimiento, en aplicación del Artículo 1604 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*. Sin embargo, en una reciente jurisprudencia, la Corte consideró que las cláusulas por las cuales se limitan de manera indebida los medios de prueba o se modifica la carga de la prueba han sido asumidas como abusivas por la doctrina extranjera. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*, Exp. 5670, folio 46. Esto no es ajeno a las nuevas normas de protección del consumo de 2009 y 2011.

164 Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 185. Las cláusulas que reducen los términos de las acciones son restrictivas de responsabilidad y, por tanto, se someterán a sus controles. Henri Mazeaud, León Mazeaud y Chabas François, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie* (París: Montchrestien, 1983), 140, 148.

aclarar que la Casación Civil en Colombia las ha proscrito, en general, con base en un fallo sobre tema de transporte.¹⁶⁵ En cambio, en Francia, desde el 17 junio de 2008, el nuevo Artículo 2254 del Code Civil permite modificar los términos procesales de las acciones de responsabilidad, de modo que los términos de prescripción podrán disminuirse o aumentarse, pero con un mínimo de un año y un máximo de diez años.

El hecho de que la Sala Civil de nuestra Corte haya sostenido en el año 1988 que los términos de prescripción son inmodificables, es una posición respetable, pero no se comparte, porque al menos debiera permitir que esos plazos se ampliaran a favor de las partes débiles, salvo donde la ley prohíbe su modificación, como expresamente se ha establecido en el contrato de seguros y en el de transporte, pues en tema de compraventa civil sí es posible modificarlos por la misma ley.

La Corte argumentó que el régimen de la prescripción comercial del contrato de transporte para reclamar los daños por incumplimiento del mismo tienen un término de prescripción corto de dos años y la Casación nacional decidió que en los contratos el término de prescripción es inmutable y en tal sentido, no admite modificación que lo aumente o disminuya, según el Artículo 993 del Código de Comercio, en el que se prohíbe su modificación convencional y, de hacerse, se considera nula.

Situación similar existe por ley para el contrato de seguro, en el que se establece que este será de dos años para la ordinaria y de cinco años para la extraordinaria, según el Artículo 1081 del Código de Comercio; se prohíbe de manera expresa cualquier modificación convencional a esos términos. Como se observa, la limitación a la posibilidad de modificar los plazos o términos limita la autonomía privada y ella ha sido establecida por ley, como también en materia de transporte y, como limitantes a la autonomía privada, ello no admite analogía ni interpretación extensiva, por lo que no parecería que pudieran aplicarse a otros contratos, salvo que la misma ley lo establezca.

Lo curioso es que, también con un par de normas legales específicas en tema de prescripción, la ley muestra que los plazos de prescripción

165 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 4 de marzo de 1988*.

pueden modificarse, como aquella que aplica en materia de los contratos de compraventa, en los que se establece que el plazo de prescripción de la acción redhibitoria será de un año para inmuebles y de seis meses para muebles. En esta norma se consagra expresamente la posibilidad de que las partes amplíen o disminuyan en plazo (Artículo 1923, Código Civil). Con respecto al pacto comisorio, la ley permite que el término de prescripción de cuatro años también sea modificado convencionalmente (Artículo 1938, Código Civil).

El argumento de la Corte no parece ser el más sólido, a menos que se aplique solo a aquellos contratos en los que la legislación consagre la prohibición de modificar esos plazos de manera convencional.¹⁶⁶ Salvo excepciones legales, los términos de prescripción admiten ser modificables, por cuanto los tiempos que en ellos aparecen no son de orden público. En cambio, lo que sí es de orden público es no estar ligado de por vida a obligaciones imprescriptibles. Sobre el particular, se remite a lo expuesto en el Derecho francés, en el que ya es posible modificar los términos de prescripción, con un mínimo de un año y un máximo de diez.

- Cláusula sobre jurisdicción y competencia:¹⁶⁷ mediante este tipo de pactos, las partes suelen escoger una jurisdicción determinada, que sería la arbitral e incluso podría ser un tribunal foráneo como la Cámara de Comercio de París, Nueva York o Shanghái. Podría escoger según sus domicilios, pero por los altos costos que implica un arbitramento, la parte acreedora quizás preferiría no demandar, y en ese caso, se logra el mismo efecto restrictivo de la responsabilidad del deudor.

Desde el punto de vista interpretativo, cuando la ley prohíbe expresamente ambos tipos de cláusulas restrictivas, es claro que las limitativas y las exonerativas están prohibidas, pero cuando el intérprete se interroga sobre qué debe entenderse cuando la ley solo establece que las cláusulas de exoneración de responsabilidad son prohibidas, la respuesta no parece obvia y se generarían discusiones. Se considera que, para esa específica eventualidad, las cláusulas de limitación de

166 Las partes pueden renunciar a términos, pues no todos los términos son inmodificables. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil* de 27 de junio de 1940; Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 176-177.

167 Muñiz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, 25-28.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

responsabilidad resultarían permitidas, a diferencia de aquellas de exoneración que aparecen expresamente prohibidas.¹⁶⁸

En cambio, cuando la ley prohíbe expresamente solo las cláusulas de limitación de responsabilidad, se debe entender que no solo ellas están prohibidas, sino que además también lo estarán las de exoneración o de exclusión de responsabilidad. A esta posición se llega con un argumento lógico, consistente en que quien no puede lo menos, no podrá lo más.

La jurisprudencia francesa¹⁶⁹ ha considerado con acierto que, cuando se está en presencia de cláusulas que establecen límites de responsabilidad irrisorios, se trata en realidad de una cláusula de exoneración, aunque se presente disfrazada con una cláusula de limitación. Si para cierto contrato particular la ley prohíbe a las partes pactar una cláusula de exoneración y las partes establecen una cláusula de limitación irrisoria, deberá ser declarada nula, por cuanto deberá considerarse por su efecto como una cláusula de exclusión de responsabilidad.

Las cláusulas restrictivas tampoco se deberían confundir con figuras semejantes que afectan la reparación con efectos similares, pero que no son lo mismo.¹⁷⁰ Así, se tiene:

- a. La cláusula penal porque las penales operan como una cifra fija o *forfait* indemnizatorio, que podría acumularse a la reparación cuando la penal sea expresamente pactada como una cláusula penal cumulativa, también llamada de apremio. Cuando son irrisorias y simples, podrían controlarse por su efecto como restrictivas, como cuando se cuantifican de manera anticipada los perjuicios. En este caso, constituye una cláusula para eludir la responsabilidad.¹⁷¹
- b. Las cláusulas de traslado de la reparación, toda vez que no hay exoneración o limitación de la reparación, sino que la víctima es resarcida

168 Le Tourneau y Cadet, *Droit de la responsabilité civile*, 325.

169 Cass. civ, 7 mai 1945, *D*, 1945, 1, 93; Cass. com, 4 mai 1959; Mazeaud, Mazeaud y François, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 130; Le Tourneau y Cadet, *Droit de la responsabilité civile*, 331; Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, 161.

170 Para todos los efectos, se remite a Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 176-201.

171 Luciana Cabella Pisu, "Inadempimento e mora del debitore", en *Diritto civile. Obbligazioni*. Vol III, T. 1, *rapporto obbligatorio*, dir. Nicolo Lipari y Pietro Rescigno (Milán: Giuffrè, 2009), 674.

efectivamente por un seguro o por un tercero. El EC las considera abusivas (Artículo 43, Ley 1480 de 2011) en tema de contratos de consumo y, aunque no se comparte esa consagración legal, así quedó y así aplicará.

- c. Las cláusulas de agravación de responsabilidad, pues son el sentido opuesto a las restrictivas, por cuanto con ellas el deudor termina por responder con más de lo que por ley le correspondería y, aunque podría pactarse una amplia tipología, porque no han tenido mayor oposición, a menos que sean abusivas, recaerían sobre la amplitud de la responsabilidad, en especial sobre las condiciones y los efectos, así como sobre las consecuencias, pues son para agravar y no para restringir la responsabilidad. Piénsese, por ejemplo, cuando con una cláusula de agravación la parte asume que responderá hasta de los eventos de culpa levísima en un contrato de depósito oneroso, en los que, por ley, solo se responde en principio por culpa leve y levísima.
- d. Las limitaciones legales de la reparación, que buscan por ley asegurar un mínimo indemnizable con carácter de orden público, que dejarían de aplicar si el incumplimiento conlleva dolo o culpa grave. En ese caso, la indemnización dependerá de lo que se pruebe, así sea superior al *forfait* o cifra fija indemnizatoria.

CONCLUSIÓN

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad, como fenómeno contractual moderno, obedecen a un tema de eficiencia económica para la contratación masiva que no podrían prohibirse de manera irrefutable.

Se trata de unas cláusulas que deben su auge e interés a que constituyen un factor de competitividad de las empresas, toda vez que mediante una utilización equilibrada podrían evitar cuantiosas reparaciones.

Cuando ellas generan desequilibrios contractuales excesivos de carácter normativo por su falta de proporcionalidad y transparencia, atentan de tal forma contra la buena fe contractual, que se hace necesario un control de contenidos y efectos para declararlas ilícitas o ineficaces.

El control de las cláusulas restrictivas solo podrá hacerse si se tiene claridad conceptual de la figura, la cual está compuesta por una amplia tipología que hace referencia tanto a los contenidos como a los efectos limitativos o exonerativos de la responsabilidad.

En Colombia, hasta ahora están proscritas en tema de consumo, pero ello no es así en todos los sistemas y se podrían pactar con una alta probabilidad de validez, siempre que estén dentro de una óptica de equilibrio, pues la unilateralidad y discrecionalidad contractual son fuente de posibles desbalances en presencia de contratos asimétricos estatales o empresariales, donde parecería no haber control.

Sin embargo, las nuevas tendencias imponen, al menos por vía jurisprudencial o legislativa, que también tengan algún tipo de control, pues se trata de dos

partes que pueden ser sujetos de abusos cuando una de las dos es más débil que la otra desde el punto de vista financiero o no tiene la forma de influenciar sobre las condiciones que establece el contenido contractual ante los incumplimientos de la parte dominante del contrato.

BILIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Acosta Rodríguez, Joaquín Emilio. “La constitucionalización de la buena fe contractual: perspectivas para la seguridad negocial” en *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*, dirigido por Álvaro Echeverri, 23-34. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Adame, Jorge y Fernando Hinestrosa. *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Adriano, Germana. *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile*. Roma: Aracne, 2009.
- Albiez, Klaus. *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Madrid: Civitas, 2009.
- Álvarez, Federico. “Del contrato social a la socialización del contrato” en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dirigido por José Gual y Juan Villalba, 287-325. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Álvarez, Natalia. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*. Granada: Comares, 1998.
- Amato, Cristina. *Per un Diritto europeo dei contratti con i consumatori: problema e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell’ordenamento italiano e nel Regno Unito*. Milán: Giuffrè, 2003.
- Arrubla, Jaime. *Contratos mercantiles*. Tomo III. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2006.
- Auguet, Yvan. “Clauses abusives et droit de la non concurrence: vers droit commun des critères de l’abus de non concurrence” en *Les clauses abusives. Approches croisées*

- franco-espagnoles*, dirigido por Yves Picod, Denis Mazeaud y Elena Lauroba, 111-136. Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013.
- Aynès, Laurent. “Droit français” en *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, 8-16. París: LGDJ, 1991.
- Banfi del Río, Cristián. “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”. *Revista chilena de Derecho* 27, núm. 2 (2000): 291-330.
- Barbour, Gustavo y Rodríguez, Diana. “Aspectos políticos de la ‘cláusula penal’” en *Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI*, dirigido por Mónica Fernández y Billy Escobar, 159-204. Bogotá: Politécnico Grancolombiano, 2014.
- Barrera, Carlos y Jorge Santos. *El daño justificado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1997.
- Benatti, Francesco. *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*. Milán: Giuffrè, 1971.
- Benatti, Francesco. “Le clausole di esonero da responsabilità”. *Dig.disc.priv.sez civ*, 397. Vol. II, 4a ed. Turín: UTET, 1988.
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho público y el Derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Bianca, Cesare Massimo. *Dell’inadempimento delle obbligazioni: art 1218-1229*. 2a ed. Bolonia-Roma: Zanichelli, 1979.
- Bonivento, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2005.
- Cabella Pisu Luciana y Giovanna Visintini. “L’inadempimento delle obbligazioni” en *Trattato di diritto privato*. 2a ed., dirigido por Pietro Rescigno, 207-307. Turín: UTET, 1999.
- Cabella Pisu Luciana y Giovanna Visintini. “Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento” en *Risarcimento del danno contrattuale e extracontrattuale*, dirigido por Giovanna Visintini, 438. Milán: Giuffrè, 1999.
- Cabella Pisu, Luciana. “Inadempimento e mora del debitore” en *Diritto civile. Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, dirigido por Nicolo Lipari y Pietro Rescigno, 647-687. Milán: Giuffrè, 2009.
- Camacho, María Elisa. “Modelos legislativos en materia de consumo en el Derecho comparado” en *Perspectivas del Derecho del Consumo*, dirigido por Carmen Valderrama, 35-77. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Camiletti, Francesco. *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*. Milán: Giuffrè, 2004.
- Cañizares, Ana. *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos, 2006.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil, Les obligations. Tome 4*. París: Presses Universitaires de France, 2000.

•Bibliografía•

- Cárdenas, Juan Pablo. “La protección del contratante y la evolución del Derecho contemporáneo”. *Resp. civ y est.*, núm. 9 (2000).
- Cárdenas, Juan Pablo. “Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad” en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, 229-280. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- Carnevali, Ugo. *La responsabilità del produttore*. Milán: Giuffrè, 1974.
- Ceccherini, Grazia. *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esclusione o limitazione del risarcimento artt 1228-1229*. Milán: Giuffrè, 2003.
- Ceccherini, Grazia. *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*. Turín: Giappichelli, 2008.
- Ceccherini, Grazia. “La disciplina convenzionale e i limiti alla responsabilità” en *Trattato della responsabilità contrattuale*, dirigido por Giovanna Visintini, 465-525. Padua: Cedam, 2009.
- Correa, Magdalena. “El estatuto del consumidor. Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas” en *Perspectivas del Derecho del consumo*, Carmen Valderrama, 77. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- De Cristofaro, Giovanni. “Note introduttive sulla genesi e sull’oggetto della riforma tedesca e sui contenuti del quaderno” en *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, dirigido por Giovanni de Cristofaro. Padua: Cedam, 2003.
- De Cristofaro, Giovanni, ed. *I “principi” del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*. Turín: Giappichelli, 2009.
- De Cupis, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile I*. Milán: Giuffrè, 1979.
- Delebecque, Philippe. “Régime de la réparation” en *Juris clausseurs civil code Art 1146 a 1155*. fasc. 210. París, 2014.
- Delebecque, Philippe y Denis Mazeaud. “Les clauses de responsabilité: clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales: rapport français” en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles: études de droit comparé*, Dir. Marcel Fontaine y Genevieve Viney. París: LGDJ, 2001.
- Delebecque, Philippe y Frédéric-Jérôme Pansier. *Droit des obligations. Responsabilité civile, contrat*. París: Litec, 1998.
- Delforge, Cécile, Jean-Luc Fagnat, Hervé Jacquemin, Fabienne Kéfer, Sophie Lebeau y Aurélie Mortier. *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*. Lieja: Anthemis, 2013.
- Delogu, Lucia. *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*. Padua: Cedam, 2000.
- Díaz, Indira. “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual en el Derecho romano”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 20 (2011):7-47.

- Díaz, Indira. “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el Derecho moderno de los contratos”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 23 (2012): 127-178.
- Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- Durand, Paul. *Des conventions d'irresponsabilité*. París: Universidad de París, Facultad de Derecho, 1931.
- Ebers, Martin, Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega. *Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados miembros*. Bogotá: Universidad Libre, 2012.
- Ebers, Martin. “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”. *Indret*, núm.1 (2012): 1-46.
- Echeverri, Álvaro. *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Escobar, Billy y Mónica Lucía Fernández, dir. *Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI*. Bogotá: Politécnico Granacolombiano, 2014.
- Fernández de Senespleda, Ignasi, Adela Serra Rodríguez, Pablo Izquierdo Blanco y Guillem Soler Solé. *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Barcelona: Bosch, 2014.
- Fin-Langer, Laurence. *L'équilibre contractuel*. París: LGDJ, 2002.
- Fontaine, Marcel y Geneviève Viney, eds. *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*. París: LGDJ, 2001.
- García, Manuel. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Tecnos, 1965.
- Gaudement, Sophie. *La clause réputée non écrite*. París: Económica, 2006.
- Genicon, Thomas. “Le régime des clauses limitatives de réparation: état des lieux et perspectives”. *Revista de Direito do Consumidor* (2008): 988.
- Ghestin, Jacques, dir. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*. París: LGDJ, 1991.
- Ghestin, Jacques. “Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives”. *Recueil Dalloz* (1991): 449-459.
- Gomy, Marc. “Les clauses de non-concurrence abusive cachée dans la loi” en *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles*, dirigido por Yves Picod, Denis Mazeaud y Elena Lauroba, 137-147. Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013.
- Gual, José Manuel. “La protección del pasajero en el contrato de transporte aéreo y marítimo internacional de personas” en *Estudios de Derecho civil obligaciones y contratos*. Tomo IV, 143-177. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

•Bibliografía•

- Gual, José Manuel. “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”. *Revista Iusta*, 30 (2009): 15-44.
- Gual, José Manuel. “Cláusulas restrictivas de responsabilidad: un acercamiento a sus principales problemáticas” en *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*, dirigido por A. Echeverri, 277-291. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Gual, José Manuel. *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- Gual, José Manuel. “Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas” en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dirigido por José Gual y Juan Villalba, 327-357. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Gual, José Manuel y Juan Carlos Villalba, dir. *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Gual, Mariona. “Clauses abusives de non concurrence” en *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles*, 155. Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013.
- Hauser, Jean y Jean Lemouland. “Ordre public et bonnes moeurs” en *Répertoire de droit civil*. París: Dalloz, 2105.
- Hinestrosa, Fernando. *Derecho Civil. Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Honorat, Jean. *L’idée d’acceptation des risques dans la responsabilité civile*. París: Pichon & Durand-Auzias, 1969.
- Lacayo, María. *Condiciones generales de la contratación. Una perspectiva desde la buena fe en el control de incorporación*. Bogotá: Ibáñez, 2015.
- Lanzillo, Rafaella. *La proporzione fra le prestazioni contrattual. Corso di diritto civile*. Padua: Cedam, 2003.
- Larraya, Luis. *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro*. Navarra: Elcano, 2001.
- Larroumet, Christian. *Droit Civil. Tome III. Les obligations le contrat*. París: Económica, 2003.
- Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. París: Dalloz, 2002.
- Lefebvre, Antonio. *La disciplina convenzionale della responsabilità del vettore marittimo*. Roma: Soc. ed. del “foro italiano”, 1939.
- Luque, María del Carmen. “La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda” en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coordinado por Ana Cañizares, 146-160. Madrid: Tecnos, 2006.

- Marques, Claudia Lima y María Laura Delaloye. “La regulación de los contratos internacionales de consumo en América” en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dirigido por José Gual y Juan Villalba, 635. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Maugeri, Maria Rosaria. “Clausole non oggetto di trattativa individuale: l’ambito di applicazione del sesto capitolo dei Principi Acquis” en *I “principi” del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, coordinado por Giovanni de Cristofaro, 443-457. Turin: Giappichelli, 2009.
- Mazeaud, Denis. *La notion de clause pénale*. París: Libr. générale de Droit et de jurisprudence, 1992.
- Mazeaud, Henri, Jean Mazeaud y François Chabas. *Leçons de Droit Civil, obligations*. Tomo I. 9a ed. París: Montchrestien, 1998.
- Mazeaud, Denis. “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?” en *Mélanges en hommage à François Terre*, 603-634. París: Dalloz, 1999.
- Mazeaud, Denis. “Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons”. *Recueil Dalloz* (2008): 1776.
- Mazeaud, Denis. “Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?”. *Recueil Dalloz* (2010): 1832-1839.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud y Chabas François. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie*. París: Montchrestien, 1983.
- Menichino, Cristina. *Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale*. Milán: Cuem, 2006.
- Menichino, Cristina. *Clausole di irresponsabilità contrattuale*. Milán: Giuffrè, 2008.
- Messineo, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milán: Giuffrè, 1957.
- Montero, Etienne. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, dirigido por Marcel Fontaine y Genevieve Viney, 393-434. París: LGDJ, 2001.
- Muñiz, Luis. *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual, estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses*. Bogotá: Temis, 2006.
- Múrtula, Virginia. *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: Reus, 2012.
- Namen, William. “Autonomía privada” en *Responsabilidad civil y negocio jurídico*, dirigido por Álvaro Echeverri, 35-56. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Pérez, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1951.
- Picod, Yves, Denis Mazeaud y Elena Lauroba. *Les clauses abusives. Approches croisées franco-espagnoles*. Mercuès: Societe de Legislation Comparee, 2013.

•Bibliografía•

- Pinzón Sánchez, Jorge Gabino, María Fernanda Navas Herrera y Yadira Alarcón Palacio, eds. *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*. Bogotá: Temis, 2010.
- Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés, las obligaciones*. Tomo VI. La Habana: Cultural, 1946.
- Ponzanelli, Giulio. “Le clausole di esonero dalla responsabilità”. *Danno e Responsabilità* (1998): 852.
- Ponzanelli, Giulio. “Le clausole di esonero dalla responsabilità” en *La responsabilità civile*, 361. Turín: editorial, 1998.
- Ponzanelli, Giulio. *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*. Milán: Guiffirè, 1984.
- Prada, Yolima. “De las cláusulas abusivas” en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, 309-341. Bogotá: Temis, 2010.
- Rengifo, Ernesto. *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rezzonico, Juan. *Contratos con cláusulas predisuestas: condiciones negociables generales*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. De Palma, 1987.
- Robino, Pierre. *Les conventions d’irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*. París: Sirey, 1951.
- Rodríguez, Bruno. “Cláusulas de reducción de plazos de garantía y de ejercicio de derechos” en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, compilado por Ana Cañizares, 288-297. Madrid: Tecnos, 2006.
- Rodríguez, Camilo. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Legis, 2013.
- Roppo, Vincenzo. “Clausole abusive”. *Enc. Giur. Trecanni*, t. 7 (1994), 1-10.
- Roppo, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Bolonia: Monduzi, 1998.
- Roppo, Vincenzo. “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del Derecho contractual europeo”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 20 (2011): 177-223.
- Rusconi, Dante. “La noción de consumidor en la Ley 1480 de 2011” en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dirigido por José Gual y Juan Villalba, 77. Bogotá: Ibáñez, 2013.
- Santos, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996.
- Schmidt-Salzer, Joachim. “Droit allemand” en *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: Actes du colloque des 13-14 déc. 1990*, dirigido por Jacques Ghestin y Centre de Droit des Obligations de l’Université de Paris 1, 43-74. París: LGDJ, 1991.

- Sefton-Grenn, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. París: LGDJ, 2000.
- Sicchiero, Gianlucca. *La clausola contrattuale*. Padua: Cedam, 2003.
- Sierra, Abdon. “Panorama actual de la constitucionalización del Derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas”. *Revista Justicia Juris* 7, núm. 1 (2011): 117-127.
- Soro, Olivier. “El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”. Tesis de Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2007.
- Soto, Carlos. “Las cláusulas generales de la contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”. *Revista Vniversitas*, núm. 106 (2003): 563-607.
- Starck, Boris. “Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité”. *D, chron* (1974): 157.
- Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Droit Civil, Les obligations. 2 contrat*. París: Litec, 1998.
- Suescún, Jorge. *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo. Tomo I*. Bogotá: Legis, 2003.
- Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Bogotá: Legis, 2007.
- Tapia, Mauricio. *Código Civil 1855-2005 evolución y perspectivas*. Santiago: Jurídica de Chile, 2005.
- Terre, François, Philippe Simler y Yves Laquette. *Droit Civil. Les obligations*. París: Dalloz, 2013.
- Trimarchi, Pietro. *Istituzioni di Diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1998.
- Usuaga, Ocaris. *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*. Bogotá: Señal Editora, 1992.
- Valbuena, Gustavo. “Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia” en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Valderrama, 389-433. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Valderrama, Carmen, dir. *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Valencia, Arturo y Álvaro Ortiz. *Derecho Civil: de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2010.
- Valpuesta, Eduardo. “La propuesta de normativa común de compraventa Europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, núm. 1 (marzo 2013): 199-216.
- Vargas, Camilo. “Aspectos controvertidos de la responsabilidad contractual”. *Revista Universitas*, núm. 101 (junio 2001): 455-499.

•Bibliografía•

- Velázquez, Hernán. *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá: Temis, 2010.
- Velázquez, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis, 2009.
- Vélez, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*. París: Imprenta París-América, 1926.
- Viney, Geneviève, Patrice Jourdain y Jacques Ghestin. *Les effets de la responsabilité: exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, assurance de responsabilité*. París: LGDJ, 2011.
- Yong, Samuel. *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012.
- Yzquierdo, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.

Sitios de Internet

- Boletín Oficial del Estado. "Convenio de Montreal". <https://www.boe.es/boe/dias/2004/05/20/pdfs/A19035-19045.pdf>
- Comisión Europea. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea. https://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodex/documentos/documentosparamateriales/Propuesta_de_Reglamento_Compraventa.pdf (acceso febrero 20 de 2015).
- Comisión de Derecho europeo de los contratos. "Principios de Derecho europeo de los contratos". <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> (acceso febrero 20 de 2015).
- Durán Sánchez, Enrique de J. Análisis comparativo de la noción de contrato en el Código Civil Federal [Mexicano] y el proyecto de pavia para un Código Europeo de Contratos en la Unión Europea. Reflexiones sobre la armonización del derecho contractual. http://www.unizar.es/union_europea/files/Duran%20Sanchez%202007.pdf (acceso febrero 20 de 2015).
- Ebers, Martin. "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional". <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/260424/347591> (acceso febrero 20 de 2015).
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado [Unidroit]. "Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales". <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf> (acceso mayo 15, 2015).
- Ministerio de Justicia. "Projet d'ordonnance N° du Portant réforme du droit des contrats, Du régime général et de la preuve des obligation". http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf (acceso febrero 20 de 2015).

Organización de Naciones Unidas. “Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo”. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/Rotterdam_Rules/Rotterdam-Rules-S.pdf (acceso febrero 20, 2015).

Superintendencia Financiera de Colombia. “Circular externa 039 de 2011 (septiembre 06)” http://aress.com.co/docs/circularyanexoce039_11.pdf (acceso febrero 20, 2015).

Von Bar, Christian, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke. “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law”. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfir_outline_edition_en.pdf (acceso febrero 20, 2015).

Leyes

Congreso de la República. “Ley 1480 de 2011”. www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html (acceso mayo 15, 2015).

Jurisprudencia

Sentencias de la Corte Constitucional

De constitucionalidad

Corte Constitucional. *Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De sección unida

Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 19 de febrero de 1998*. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Tutelas

Corte Constitucional. *T. 491 de 13 de agosto de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. *T-597 de 15 de diciembre de 1993*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. *T-307 de 20 de junio de 1997*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. *T-375 de 14 de agosto de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. *T-046 de 30 de enero de 2003*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. *T-016 de 22 de enero de 2007*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. *T-161 de 22 de marzo de 2013*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1938*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 15 de julio de 1938*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 27 de junio de 1940*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 15 mayo de 1946*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 29 de noviembre de 1946*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 1962*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 15 diciembre de 1970*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 18 de noviembre de 1982*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 4 de marzo de 1988*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 12 junio de 1990*.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 19 octubre de 1994*. Exp.: 3972.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 29 de enero de 1998*. Exp.: 4894.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 27 de marzo de 1998*. Exp.: 4798.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*. Exp.: 5670.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 23 septiembre de 2002*. Exp.: 6581.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*. Exp.: 6462.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 1 abril de 2003*. Exp.: 6499.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 1 septiembre de 2004*. Exp.: 10253.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 8 de septiembre de 2011*. Exp.:
11001-3103-026-2000-04366-01.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 14 de diciembre de 2011*. Exp: 2001-01489.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 4 de julio de 2013*. Exp.: 1700131030032008-00216-01.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Civil de 24 de febrero de 2015*. Exp: SC1806-2015.

Sentencias del Consejo de Estado

Consejo de Estado. *Sección III de 15 de mayo de 1992*. Exp.: 5326.

Consejo de Estado. *Sección II de 26 de febrero de 2004*. Rad.: 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043).

Consejo de Estado. *Sección III de 30 de julio de 2008*. Rad.: 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483).

Consejo de Estado. *Sección III de 23 de septiembre de 2009*. Exp.: 17892.

Laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá

Cámara de Comercio. *Laudo arbitral de 3 de agosto de 1994. Amocar-Abocol vs. Aseguradoras Grancolombiana, Colseguros y Seguros Caribe*.

Cámara de Comercio. *Laudo arbitral de 5 de mayo 1997. Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU*.

Cámara de Comercio. *Laudo arbitral de 7 de abril de 2008. UT Odimca vs. Invías*.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en julio de 2015, impreso en papel propali-
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

IUS – Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de Derecho Privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y socio jurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento, de la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN
JUS - PRIVADO:

- Aplicación de la Teoría de la imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves alusiones al caso colombiano
- Derecho de obligaciones.
Aproximación a la praxis y a la constitucionalización
- El contrato de compraventa consensual.
Vicisitudes de la fisionomía
- Mujer, familia y sociedad: hacía un nuevo derecho en Colombia

CLÁUSULAS DE
IRRESPONSABILIDADEntre asimetría, equilibrio
y abusividad

5

Este libro analiza tres problemáticas que mantienen la actualidad de la figura de las cláusulas de irresponsabilidad, en especial en cuanto a su concepto y validez de las mismas. Dicha situación ha sido impulsada por las reglamentaciones que luego del milenio se dieron sobre ellas en el derecho de consumo y el régimen de las cláusulas abusivas. En Colombia, se incluyeron dentro de los listados presuntos de cláusulas abusivas no menos de 66 tipos de cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Adicionalmente, la obra refleja las recientes reformas que se han dado en el derecho europeo, aunque podría pensarse como aisladas, han marcado las tendencias globalizadas del derecho europeo de los contratos (soft law). Estos aspectos marcan la actualidad del tema incluso con la intención de armonizar dichas cláusulas y sus listados dentro de la Normativa Común de Compra-venta Europea (CESL, por sus siglas en inglés).

Se incluyen además los pronunciamientos de las altas cortes y las tendencias que harían pensar al juez y a los operadores judiciales en controlar aquellas cláusulas restrictivas de responsabilidad desniveladas para restablecer el equilibrio contractual, no solo en contratos de consumo “B2C”, sino también en aquellos contratos empresariales asimétricos “B2b PyMES”.